



CAEJM

Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO II - NÚMERO 2 / NOVIEMBRE 2013



Justicia que forja
disciplina



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

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL

General de Brigada EP (R) Juan Pablo Ramos Espinoza

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

Contralmirante CJ Julio Enrique Pacheco Gaige

DIRECTOR ACADÉMICO DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Capitán de Navío CJ Carlos Melchor Schiaffino Cherre

SUB DIRECTOR DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Comité Editorial

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Técnico Supervisor 2° AP Luis Urbina Huapaya

Licenciado Floiro Tarazona Ramírez, Asesor de Prensa e Información

Diseño de portada

Oficina de Relaciones Públicas e Imagen Institucional del FMP

Diagramación

Socorro Gamboa García

Fotografía

Portada: Randy Velásquez Fermín

Corrección de estilo

General PNP (R) Jorge López Zapata

Colaboraron en esta edición

Técnico 1ra. EP Darío Castillo Román

Oficial de Mar 1° EP Regina García Espejo

Doctor José Castro Eguavil

Doctora Mirella Oré Quispe

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

Primera Edición: Noviembre 2013

Tiraje: 1,000 ejemplares

Año 2 – Número 2

Segunda Edición: Febrero 2015

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca

Nacional del Perú N° 2012-12542

Editado por:

FUERO MILITAR POLICIAL

Av. Arenales 321, Santa Beatriz, Lima Cercado

Telf.: (511) 6144747

E-mail: caejm@fmp.gob.pe

Impreso en IMAGIDEAS.COM

de Milagros Morales

Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre, Lima

Tiraje: 500 ejemplares

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

IMPRESO EN EL PERÚ

PRINTED IN PERÚ

NOTA DEL EDITOR

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

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

Teniente Coronel
Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	
<i>Hugo Manuel Pow Sang Sotelo</i>	11
PALABRAS DEL DIRECTOR	
<i>Julio Enrique Pacheco Gaige</i>	13
EL COMITÉ EDITORIAL	
<i>Samuel Enrique Gamero Ramírez</i>	15
SALUDOS	17
JUSTICIA MILITAR, VISIÓN GLOBAL Y PERSPECTIVA NACIONAL	
<i>Hugo Manuel Pow Sang Sotelo</i>	23
DEONTOLOGÍA FISCAL MILITAR POLICIAL	
<i>Hernán Ponce Monge</i>	29
LA COMISIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
<i>Luis Temple de la Piedra</i>	35
CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A PERSONAS JURÍDICAS Y LAVADO DE ACTIVOS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1106	
<i>Víctor Roberto Prado Saldarriaga</i>	41
LAS FÓRMULAS CONSENSUADAS DE ANTICIPACIÓN PENAL	
<i>Ricardo Alberto Brousset Salas</i>	49
EL SISTEMA DE JUSTICIA MILITAR NORTEAMERICANO Y SU EVOLUCIÓN	
El intrincado y necesario balance entre la equidad y la disciplina	
<i>Luis O. Rodríguez</i>	59
EL CUERPO JURÍDICO DEL EJÉRCITO DE ESTADOS UNIDOS	
<i>Juan A. Lozada-Leoni</i>	73
LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN COLOMBIA	
Un sistema eficaz de administración de justicia	
<i>Camilo Andrés Suárez Aldana</i>	83

APUNTES PARA UN ESTUDIO ACERCA DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ <i>Arturo Antonio Giles Ferrer</i>	91
EL DELITO DE FUNCIÓN <i>Róger Araujo Calderón</i>	101
TRIBUNALES MILITARES DE CHILE EN TIEMPO DE PAZ Cambios propuestos a su organización y competencia <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i>	105
FUNDAMENTOS DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Para sustentar la constitucionalidad de la parte penal del Código Penal Militar Policial <i>Arturo Antonio Giles Ferrer / Jorge Félix Ampuero Begazo</i>	113
IMPACTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA MILITAR POLICIAL EN EL ORDEN INTERNACIONAL Cómo empoderar su institucionalidad mediante el derecho humanitario, los derechos humanos y el derecho penal militar policial e internacional penal <i>Gustavo Adolfo Botetano Villafuerte</i>	123
LA CRIMINALÍSTICA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN EN EL FUERO MILITAR POLICIAL <i>Juan Carlos Monroy Meza</i>	141
DERECHO MILITAR Y LA PROHIBICIÓN DE USAR EL MEDIO AMBIENTE COMO UN ARMA <i>Juan Paulo Vera Montero / Ricardo Alberto Coronado Donoso</i>	149
SEGURIDAD NACIONAL Y LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL <i>Mirtha Helenina Musso López</i>	159
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL <i>Ivone Roxana Bastidas Taype / Karla Milagros Rada Benavides</i>	167
DISCONFORMIDAD CON EL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO FISCAL <i>Lesly Bravo Meneses / Yulissa Degollar López / Vanessa Pizarro Vilcapoma</i>	175
CÓDIGO DE ÉTICA DEL MAGISTRADO MILITAR POLICIAL (Aprobado mediante Resolución Administrativa N° 129-009-TSMP/SG de fecha 02 de noviembre de 2009) <i>Róger Araujo Calderón</i>	181

PRESENTACIÓN

El Fuero Militar Policial, por mandato del artículo 173° de la Constitución peruana, es el órgano encargado de administrar justicia castrense, mediante la investigación y sanción de los delitos de función en que incurre el personal militar y policial.

11

En el mundo, la importancia de la jurisdicción militar radica en su calidad de instrumento de tutela de la disciplina y del orden en los ejércitos, con el fin de que sus miembros cumplan de forma idónea y cabal las funciones que se les encomienda.

Por esta razón, en los últimos años, en varios países del continente los representantes y defensores del sistema de justicia militar hemos dado dura batalla buscando que la sociedad y los organismos internacionales comprendan la importancia de su vigencia dentro de un organismo más amplio como son los sistemas de seguridad y defensa nacional.

En el Perú, la reforma y consolidación del Fuero Militar Policial es producto de uno de los más amplios debates en el campo del derecho, con discusiones que han acontecido tanto en la esfera de los organismos de derechos humanos como en los foros políticos, el ámbito legislativo y en los círculos académicos universitarios y, por supuesto, dentro de los propios cuerpos jurídicos militares.

Lejos de afectar o debilitar sus fundamentos, toda la polémica desatada y los cuestionamientos lanzados contra su estatuto han contribuido a desarrollar

un renovado espacio de estudio de los fundamentos de la justicia militar, lo que ha traído consigo un revitalizado interés y compromiso con la investigación y la producción de nuevo análisis y contenido jurídico castrense a la luz de los principios, estándares y criterios más actuales en el campo del derecho.

Dada la evolución que ha experimentado como producto de sus propias reformas, la justicia militar actual ofrece un campo mucho más amplio para su estudio. Su historia comparada, su jurisprudencia, sus aspectos jurídico-doctrinarios; su codificación moderna, concordante con principios estandarizados, compatibles con las normas de protección de derechos humanos, enriquecen el universo jurídico actual y tienen que ser presentados al mundo.

La revista *El Jurista del Fuero Militar Policial*, cuyo segundo número está en sus manos, tiene como propósito servir de vehículo de transmisión para este campo del conocimiento, que como todo producto de la acción y el pensamiento humano, está sujeto a la innovación, que en el campo del derecho tiene como finalidad el desarrollo de la sociedad con mayores garantías para la convivencia social y la conservación del orden, la seguridad y la paz.

General de Brigada EP (R)
Hugo Manuel Pow Sang Sotelo
Presidente del Fuero Militar Policial

PALABRAS DEL DIRECTOR

El 22 de octubre de 1996 se promulgó la Ley N° 26677 que modificó sustancialmente el Código de Justicia Militar de 1980 e introdujo, en dicho código, el proceso penal militar sumario y creó el “Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, con la finalidad de preparar y perfeccionar al personal del cuerpo jurídico militar”. Desde entonces, la idea de brindar a los jueces, fiscales y, en general, a todo el personal del Fuero Militar Policial las herramientas más idóneas para el correcto desempeño de sus funciones, se ha mantenido en ascenso.

En los dos últimos años, en razón de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1096 (Código Penal Militar Policial), que establece un proceso penal militar policial acusatorio, la labor del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM) se ha incrementado, dado que este modelo procesal requiere, para su aplicación exitosa, de jueces y fiscales con conocimientos especializados y una mente renovada. En este contexto, a la fecha, se han llevado adelante siete cursos de “Primer Nivel para Magistrados Militares Policiales”, con la participación de 273 abogados y abogadas, muchos de ellos cumpliendo los requisitos legales para acceder a la magistratura militar policial como jueces y fiscales; además, actualmente se viene conduciendo el primer curso de segundo nivel, dirigido básicamente a magistrados militares policiales superiores y superiores.

La labor del CAEJM no se ha limitado a ello, pues en sus aulas se dictan también con asiduidad, seminarios, conferencias y cursos diversos, con

el objeto de mantener a todos los integrantes del Fuero Militar Policial actualizados académicamente para que cumplan con éxito sus quehaceres.

Otro aspecto que deseo resaltar sobre la labor del CAEJM, es la publicación de la revista académica: *El Jurista del Fuero Militar Policial*, cuyo primer número se editó el año pasado, conteniendo básicamente artículos elaborados por miembros del Fuero Militar Policial y destinado a la circulación nacional. El segundo número de la revista, ha contado con la colaboración de juristas nacionales y extranjeros, de forma que circule más allá de nuestras fronteras.

Finalmente, deseo agradecer a los autores nacionales y extranjeros que han hecho posible, con sus artículos, la publicación de este segundo número de nuestra revista, y a los integrantes del comité editorial por su esfuerzo.

Contralmirante
Julio Enrique Pacheco Gaige
Vocal Supremo del Fuero Militar Policial
Director del Centro de Altos Estudios
de Justicia Militar

EL COMITÉ EDITORIAL

La segunda edición de la revista “El Jurista del Fuero Militar Policial”, contiene el aporte de juristas nacionales y extranjeros; militares, policías y civiles, que tienen en común el ejercicio del derecho militar o la preocupación como docentes, magistrados o investigadores sobre la materia.

15

En mérito al trabajo articulador del Fuero Militar Policial con sus organismos pares en el continente, tenemos la satisfacción de contar en esta entrega con temas originales escritos por oficiales del cuerpo jurídico de los Estados Unidos, Chile y Colombia, cada cual presentando una visión reveladora de la historia, la organización, las particularidades de su jurisprudencia y estatutos, así como los desafíos actuales en la aplicación de sus códigos penales militares.

Por otro lado, la variedad de temas propuestos por nuestros colaboradores nacionales es en buena medida producto de la experiencia reciente en la implementación del nuevo proceso acusatorio en la jurisdicción militar, que ha traído múltiples desafíos a los operadores de la justicia castrense en todo el país. Estos artículos dan cuenta de nuevos enfoques, criterios y casuística que emergen en el ámbito de la administración de justicia militar policial, lo que ofrece la posibilidad no solo de conocer nuevos aspectos y cuestiones relevantes en el funcionamiento de su modelo procesal, sino que abre el camino al estudio y crítica constructiva de su doctrina y materia legal.

El Comité Editorial cumple con poner a disposición de los lectores esta fuente de información, como un aporte al propósito de forjar una jurisdicción militar policial sólida en valores y fiel cumplidora de su función constitucional. Finalmente el Comité expresa su agradecimiento a la Presidencia del Fuero Militar Policial, a la Dirección del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar; a los colaboradores nacionales y extranjeros por sus textos inéditos y a cada uno de los profesionales que con su inteligencia y pluma han hecho posible la materialización de este número, correspondiente al año 2013.

General de Brigada EP (R)
Samuel Enrique Gamero Ramírez
Presidente del Comité Editorial
Director Académico del Centro de Altos
Estudios de Justicia Militar

SALUDOS

Señor

Contralmirante CJ Julio Pacheco Gaige

Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Director de la Revista El Jurista Militar Policial

De mi consideración,

17

La presente tiene como finalidad felicitar el trabajo académico de su institución, el cual se refleja en la publicación de la primera revista de derecho castrense que lleva por título “El Jurista del Fuero Militar Policial”.

Siendo el Fuero Militar un sistema legal amparado por la Constitución peruana y que en el contexto actual, bajo el imperio irrestricto de la democracia y el estado de derecho, tiene la finalidad de asegurar la disciplina en el ámbito castrense, considero importante promover e impulsar el desarrollo del conocimiento de la doctrina jurídica que fundamenta la existencia de la justicia militar a fin de fortalecer a esta institución que, regida por la normativa renovadora que ha auspiciado el Ejecutivo y otorgado el Congreso de la República, está llamada a constituirse en el garante del orden, la conducta ética y la justicia entre los miembros de nuestras fuerzas armadas y Policía Nacional.

Desde ya, expreso mi deseo de que esta iniciativa editorial del Fuero Militar Policial, a través de su órgano académico, perdure en el tiempo y sirva de medio de debate profesional, democrático y alturado sobre la materia especializada que aborda.

Atentamente.

Dr. Freddy Otárola Peñaranda
Presidente
Congreso de la República del Perú

Señor Contralmirante Julio PACHECO Gaige, Vocal del Tribunal Supremo Militar Policial y Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar:

En mi calidad de Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago y Presidente de la Corte Marcial para el Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros de la República de Chile, envío un saludo fraternal a la dirección, redacción y lectores de la revista “El Jurista”, del Fuero Militar Policial de la República del Perú.

Para nosotros en Chile fue un agrado haber recibido no ha mucho tiempo, la visita de Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial del Perú, que nos explicaron la estructura orgánica del fuero militar policial de su país, en un momento en que en el nuestro se discuten reformas a nuestro propio sistema, que actualmente contempla tribunales castrenses de primera instancia integrados enteramente por militares, dos tribunales de segunda instancia de composición mixta, esto es, con civiles y militares (estos dos tribunales son la Corte Marcial para el Ejército, Fuerza y Carabineros, con asiento en Santiago y la Corte Marcial para la Armada, con asiento en Valparaíso) y un Tribunal Supremo, correspondiente a la Sala Penal de la Corte Suprema, compuesta por cinco civiles más el Auditor General del Ejército. Asimismo, los mencionados señores Vocales Supremos nos señalaron que el Fuero Militar Policial peruano editaba a una revista, “El Jurista”, cuyo segundo número se publicaría en el segundo semestre de este año.

Pues bien, deseamos a “El Jurista”, una larga y fructífera vida y estamos ciertos que, más adelante, desde Chile, podremos aportar, modestamente, a las páginas de vuestra revista con artículos relacionados al derecho militar de este país, si la dirección de dicha publicación nos honrara con una solicitud en tal sentido.

Así pues, vayan para usted señor director, redactores todos y lectores en general, nuestra enhorabuena por la publicación de vuestra revista y nuestros votos por su éxito.

Santiago de Chile, 18 de junio de 2013.

Dr. Juan Cristóbal Mera Muñoz
Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento
de Nuestra Diversidad"

Lima, 25 de julio del 2013

Oficio N° 363 -2012-2013/DEMZ-CR

Señor Contralmirante CJ
JULIO PACHECO GAIGE
Vocal Supremo Militar Policial
Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar
Av. Arenales 321 - Cercado
Lima 01.-

Referencia: Oficio N° 144-2013/FMP-P del 23.07.13
Asunto : Agradecimiento

De mi consideración:

Es grato dirigirme a Usted para saludarlo cordialmente y a la vez agradecerle por tener la gentileza de enviarme dos ejemplares de su primera Revista Académica "El Jurista del Fuero Militar Policial", la cual será de mucha utilidad en mi actividad congresal.

Sobre el particular, es oportuno extenderle mi felicitación por el esfuerzo de publicar un medio informativo que actualiza los quehaceres del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar.

Es propicia la oportunidad para reiterarle mi más alta y distinguida deferencia.

Atentamente,



.....
DANIEL MORA ZEVALLOS
Congresista de la República

El Jurista del Fuero Militar Policial

JUSTICIA MILITAR, VISIÓN GLOBAL Y PERSPECTIVA NACIONAL

*General de Brigada EP Hugo Manuel Pow Sang Sotelo**

En los últimos años, la justicia militar no ha dejado de estar en el ojo de la tormenta. En la mayoría de los países del continente las fuerzas políticas han venido impulsando reformas que se pueden considerar racionales, a partir de grandes debates internos donde no han faltado propuestas extremistas que en algún momento quisieron apelar al fácil trámite de desaparecer un sistema que, por su especialidad y ámbito de aplicación, es poco conocido y por tanto muy poco comprendido.

Desde los Estados Unidos de América hasta Chile se ha podido observar una serie de iniciativas legislativas que han propuesto, y en varios casos aplicado, cambios a las leyes que rigen a sus fuerzas armadas. El Perú no ha sido ajeno a dicho proceso mundial y hoy en día nos encontramos insertos en un contexto de cambio y acción, tanto en el ámbito interno como externo.

Nuestros países tienen al frente un escenario complicado y comparten realidades conflictivas. La seguridad regional enfrenta la amenaza latente del terrorismo y en el ámbito interno existen focos de violencia social, crimen organizado y narcotráfico; problemas comunes que la mayoría de nuestros gobiernos deben resolver. Frente al reto de los nuevos tiempos, además de cambios legislativos sistémicos dados por el Estado, los organismos de justicia militar en esta parte del mundo han desarrollado sus propios procesos de cambio, reformas y ajustes operativos para hacerse más eficaces y dar un mejor soporte en el procesamiento de casos derivados de la acción de las fuerzas del orden.

* Presidente del Fuero Militar Policial. General de Brigada del Ejército Peruano en situación de retiro, Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente Vocal Supremo, Presidente del Fuero Militar Policial y del Tribunal Supremo Militar Policial.

Desde el año 2010 el Fuero Militar Policial del Perú vive una nueva fase de su desarrollo, optimizando su normativa, fortaleciendo su judicatura y afianzando sus valores institucionales sobre las bases firmes de su historia, con un pensamiento jurídico renovador y criterios modernos de gestión, tal como lo exigen los tiempos actuales.

Habiendo demostrado ante el máximo órgano de justicia constitucional la trascendencia de su rol en el sistema jurídico (Sentencia 000001-TC, 01/12/2009) y con ello superado una serie de circunstancias que pusieron a prueba su razón de ser, esta institución se encuentra restablecida y en pleno proceso de modernización, desarrollando un programa de reformas y mejoras en todos los aspectos de su funcionamiento.

Son varias las líneas de acción en la agenda de prioridades. La primera de ellas es impulsar la aplicación del nuevo Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094, que implica un nuevo modelo procesal, cuya implementación se inició en enero del 2011 a nivel nacional. La segunda prioridad es la capacitación; por tanto se hace indispensable impulsar un programa de perfeccionamiento profesional y entrenamiento constante de quienes ejercen funciones jurisdiccionales y fiscales, así como del personal auxiliar y administrativo. La tercera prioridad es la implementación física de las sedes de los tribunales superiores, juzgados y fiscalías militares policiales a nivel nacional, lo cual es viable mediante una política de descentralización, en sintonía con el criterio inclusivo del gobierno central, e implica impulsar la capacidad de gestión de los tribunales superiores militares policiales. Una cuarta prioridad es desarrollar una agenda internacional en materia de justicia militar buscando la cooperación y participación de los organismos pares del Fuero Militar Policial en los países amigos. La finalidad no es otra que mantener lazos de intercambio profesional y al mismo tiempo aportar, obtener y desarrollar referentes del estándar mundial en la aplicación de la ley especializada en el ámbito militar y policial.

En esta nueva etapa de su vida institucional, el Fuero Militar Policial debe alcanzar mayor capacidad de acción; mayor nivel de ejecución y mayor impacto en su objetivo central que es mantener altos niveles de disciplina en el personal de todos los institutos armados y la PNP. Alcanzar estas metas implica necesariamente optimizar tanto la labor jurisdiccional y fiscal como las operaciones administrativas y logísticas en todo el país.

NUESTRA MISIÓN EN LA SOCIEDAD

Las fuerzas de seguridad de los países deben actuar con la mayor ética y eficiencia en su lucha contra el terrorismo, el narcotráfico y el crimen organizado así como en el control de la conflictividad social. Esa alta calidad que se exige en la acción militar y policial solo es posible alcanzar mediante la aplicación de un código estricto, severo y justo.

El mandato constitucional nos indica que la Justicia Militar Policial tiene una gran misión en la sociedad y debe actuar con plena convicción de su competencia y atribuciones; para así poder ejercer su función esencial de garante de la disciplina en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Nuestra función de investigar y juzgar a militares y policías en situación de actividad que cometan delitos de función, es ejercida con absoluta independencia, autonomía, transparencia y profesionalismo, conforme a lo previsto en los artículos 139° y 173° de la Constitución Política del Perú y a lo establecido en su Ley de Organización y Funciones (Ley N° 29182) y en el Código Penal Militar Policial (D. Leg. N° 1094).

Por ello, entre nuestros principales objetivos hemos implementado directivas precisas para una intervención proactiva de nuestros fiscales militares policiales quienes, bajo el nuevo sistema procesal, tienen la iniciativa en la investigación de todos los casos de violación del Código de Justicia Penal Militar Policial

por parte de personal de las Fuerzas Armadas y PNP a nivel nacional.

El Fuero Militar Policial se mantiene vigilante para garantizar que las fuerzas de seguridad interna y externa observen una férrea disciplina y desarrollen un blindaje moral ejemplar. Hoy en día todos los casos donde se encuentran indicios de delito de función tienen que ser investigados por un fiscal militar policial y si reúnen los méritos ser de inmediato judicializados.

EL PROGRAMA DE GESTIÓN DESCENTRALIZADA DEL FMP

La descentralización es una política permanente de Estado, dirigido a impulsar el desarrollo regional y local en igualdad de condiciones. Para nosotros, resulta primordial adoptar y aplicar esta política con la finalidad de impulsar una óptima administración y desarrollo organizacional en todos nuestros tribunales, juzgados y fiscalías. En este concepto modernizador y de trabajo *in situ* se fundamenta la ejecución de una agenda de trabajo enfocada en el fortalecimiento institucional.

Entre los meses de marzo y abril de 2013 mi despacho puso en marcha el primer Programa de Gestión Descentralizada (del Fuero Militar Policial), teniendo como finalidad asumir una acción personal y directa a efectos de impulsar la nueva política de celeridad y eficiencia en nuestra institución. Los objetivos, y por tanto líneas de acción del programa, fueron: tomar juramento y dar el respaldo a las nuevas y ratificadas autoridades del Fuero Militar Policial; fortalecer las relaciones con el Comando Militar y Policial en el área de influencia; establecer lazos de cooperación con las autoridades civiles; efectuar una supervisión jurisdiccional, fiscal y administrativa, y fortalecer la imagen institucional.

El programa de descentralización nos ha permitido capitalizar importantes logros. En primer lugar, hemos entablado y profundizado relaciones directas con el comando de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en el ámbito de

influencia de cada uno de nuestros tribunales. Quiero destacar el hecho de haber sostenido reuniones con las máximas autoridades militares y policiales, encontrando un interés común en todos, con relación a la Justicia Militar y su rol disciplinador. Aquello nos ha permitido dialogar y establecer canales para facilitar su acción, además de desarrollar relaciones proactivas entre los tribunales superiores y las respectivas divisiones de los institutos en la región o jurisdicción.

En cuanto a las relaciones con organismos civiles, el programa de descentralización ha sido muy propicio para acercar y estrechar lazos de cooperación con las autoridades del Poder Judicial y con los colegios de abogados. Hemos sostenido reuniones cordiales con los presidentes de las cortes superiores y con los decanos de los colegios de abogados; entidades con las que se ha abierto un campo muy promotor de intercambio en el aspecto académico.

LA JUSTICIA MILITAR EN EL VRAEM

El VRAEM, zona de combate de las Fuerzas Armadas y Policía en la lucha contra el narcoterrorismo, es un escenario ejemplar de la acción de la justicia militar.

Como resultado de la presencia y acción del Fuero Militar Policial en el complejo territorio del VRAEM, las estadísticas señalan una ostensible disminución de los casos de desertión, que en años anteriores dificultaron hasta cierto punto la misión de las FF.AA. y PNP.

Desde el año pasado, todo militar o policía, durante su proceso de preparación y antes de ingresar a la zona de combate, recibe una orientación especial sobre la aplicación del nuevo Código Penal Militar Policial de parte de los propios operadores de justicia militar del VRAEM. Lo que se busca es la prevención, porque en la vida del soldado después de cometido el delito no hay vuelta atrás, la justicia militar es sancionadora y por ello es mejor que nuestros militares y policías eviten cometer los delitos de función.

En el territorio del Comando Especial del VRAEM, el Ministerio Público y la Fiscalía Militar trabajan en forma estrecha y coordinada. El fiscal militar comparte constantemente con el representante del Ministerio Público las misiones en el difícil territorio para cubrir los escenarios de acción y patrullaje militar, especialmente cuando se producen incidentes armados. En muchos casos comparten diligencias y delimitan el carácter civil o militar de los hechos en forma concordada, sin que hasta el momento se haya producido alguna colisión de sus competencias.

Estos resultados en el VRAEM son signos alentadores de la renovada acción de la justicia militar policial, pero solo es el inicio de los cambios de segunda generación que ya se apresta a realizar el Fuero Militar Policial a casi tres años de comenzada la implementación de su nuevo sistema procesal.

26

IMPLEMENTACIÓN FÍSICA

Descentralizar la gestión ha dado un fuerte impulso a la gestión de proyectos locales de infraestructura de los tribunales superiores. En todas las jurisdicciones se llevan adelante proyectos de construcción en marcha o en proceso de gestión, dialogando e impulsando relaciones con alcaldes y presidentes regionales. Es muy gratificante informar que, en todas estas, se ha obtenido resultados muy productivos, al haberse concretado y avanzado decisivamente la gestión para la donación y/o cesión de terrenos; el otorgamiento de financiamientos y el inicio de obras, como el caso de Arequipa donde ya se encuentran en ejecución las obras del proyecto que incluye un nuevo edificio para el Tribunal Superior Militar Policial del Sur, que será entregado completamente equipado el próximo año.

Estos son los principales impactos de la acción realizada como parte del programa de gestión descentralizada. Todo esfuerzo da sus resultados y, al mismo tiempo, abre la oportunidad hacia nuevos retos. En nuestra institu-

ción estamos atentos y dispuestos a seguir batallando por la consolidación del Fuero Militar Policial en todos los aspectos necesarios, desde la implementación física y tecnológica hasta el afianzamiento cabal de su accionar jurisdiccional en todo el país, con la meta suprema de consolidarnos como garantes y guardianes de los altos valores de la disciplina, el orden y la eficiencia de nuestras fuerzas armadas y Policía Nacional.

CAPACITACIÓN

El perfeccionamiento y entrenamiento permanente es tarea principal del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM), que tiene por misión capacitar, actualizar y perfeccionar académicamente a los magistrados, al personal del Cuerpo Jurídico Militar Policial, que se encuentran en situación de actividad o retiro y al personal de abogados civiles y administrativos, que laboran en el Fuero Militar Policial. El CAEJM desarrolla a lo largo del año un amplio programa de cursos, seminarios y talleres en los cuales destacan las maestrías y diplomados en alianza con universidades de prestigio y sus respectivos centros de alta formación en derecho, así como los cursos de primer y segundo nivel que reciben todos los magistrados militares policiales, dictados por profesores de reconocida trayectoria, magistrados del fuero común con vasta experiencia en el sistema procesal. Para los magistrados que se encuentran en línea de carrera en la justicia militar, estos cursos son indispensables. La capacitación y desarrollo profesional de nuestros magistrados y operadores civiles y militares es una exigencia de alta importancia y su desarrollo apunta no solo a la actualización o formación técnica de magistrados y operadores de justicia militar. El cultivo del conocimiento y desarrollo jurídico es de alta prioridad en nuestra institución, por ello hemos convertido al Centro de Altos Estudios de Justicia Militar en un núcleo de investigación, análisis y producción de conocimiento nuevo sobre la materia.

VIGENCIA Y APLICACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

En los últimos meses el Fuero Militar Policial, en el progresivo crecimiento de su actuación bajo el marco de su nueva legislación, ha mostrado a la luz pública una serie de casos en los que sus jueces y fiscales han puesto mano firme, marcando un nuevo estilo de acción. La institución se mantiene alerta y viene imprimiendo una acción enérgica contra los malos elementos de las FF.AA. y Policía Nacional que incurrir en delitos de función. Los efectivos a quienes se les encuentra indicios de delito son juzgados con todas las garantías del debido proceso. Esto está garantizado por el nuevo Código Penal Militar Policial y los juicios se efectúan con transparencia, conforme con el nuevo proceso garantista (acusatorio adversarial) que es similar al aplicado por el fuero común. Algo que caracteriza al Fuero Militar Policial es la celeridad, esto es un alto imperativo ya que no se puede tener inmovilizados por juicios a efectivos que siendo inocentes podrían estar en combate, en el caso de militares, o atendiendo la seguridad ciudadana, en el caso de efectivos policiales. Procuramos celeridad, pero con escrupulosa investigación en todos los casos.

Conforme con el nuevo modelo procesal que sigue la justicia militar, el fiscal militar policial es quien investiga el delito en las filas de las fuerzas armadas y de la Policía. Nuestros fiscales militares tienen instrucciones precisas de perseguir el delito de función a nivel nacional. Pueden actuar de oficio y exigir prisión preventiva en los casos que corresponda para evitar que malos militares o policías interfieran con la investigación.

Bajo las normas de este organismo, los casos que involucran a altos oficiales pasan a la instancia del Tribunal Supremo y la investigación es asumida por la Fiscalía Suprema Militar Policial. La investigación se efectuará con la celeridad y transparencia del caso, pues actualmente el Fuero Militar aplica el modelo acusatorio adversarial, con juicios orales pú-

blicos, en forma similar al nuevo proceso penal que aplica el fuero común (Poder Judicial). La independencia está garantizada porque la nueva normativa otorga mayor autonomía al Fuero Militar Policial. Los jueces y fiscales militares policiales en la actualidad son todos profesionales del derecho, abogados graduados en universidades y con estándares de calificación también similares al Poder Judicial, y no existe relación de dependencia ni sumisión con la jerarquía militar o policial en actividad.

Actualmente estamos reforzando nuestro accionar a nivel nacional, tenemos un gran desafío en una nueva carga procesal de casos, como por ejemplo los juicios a policías infractores del código. Estamos tomando el toro por las astas para contribuir a sanear dicha institución, en concordancia con el esfuerzo moralizador del gobierno; esperamos seguir teniendo resultados muy importantes y a escala, por ello el VRAEM es un ejemplo a seguir.

LA PLATAFORMA INTERNACIONAL

Como se expresa al inicio de este artículo, el objetivo de su fortalecimiento ha motivado en los últimos años una serie de iniciativas por parte de los propios organismos de justicia militar y los tiempos de globalización nos han involucrado en una iniciativa internacional con liderazgo y aporte de experiencia. Desde las actividades internacionales de la Asociación Internacional de Justicia Militar (AIJM), con sede en Brasil, hasta los encuentros regionales y continentales con diversa participación, varios de ellos realizados en el Perú, dichas iniciativas han impulsado una agenda que hoy encuentra mayor eco. Haciendo un poco de historia, en abril de 2011 tuvo lugar en Lima el V Encuentro Internacional de Derecho Humanitario y Derecho Militar, cuya finalidad fue motivar un debate sobre el estatuto de la justicia militar en el contexto internacional, y proponer alternativas para su fortalecimiento en los aspectos que atañen a su jurisdicción e institucionalidad, teniendo como meta el fortalecimiento de la disciplina de las

fuerzas armadas y de seguridad en un marco de respeto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Paralelamente, en los años 2011, 2012 y principios del 2013 tuvo lugar un sostenido programa de trabajo bilateral entre Chile y Perú, una iniciativa que condujo a la realización del I Encuentro Multilateral, que reunió a los líderes de la Justicia Militar de Chile, Perú, Colombia y Estados Unidos bajo el eslogan: “Principios compartidos por una justicia militar al servicio de la seguridad y la paz”. Este encuentro se realizó con el propósito de continuar construyendo una agenda regional que busca respuestas comunes al desafío que plantean para la justicia militar las exigencias actuales de la seguridad, la defensa, los derechos humanos y la paz en todos nuestros países; habiéndose establecido como objetivos: a) Consolidar la experiencia de anteriores reuniones internacionales y trabajos bilaterales para afianzar el estatuto de la justicia militar como un instrumento que respalda la seguridad y la paz nacional, regional y global, y b) Definir y proponer principios compartidos, a fin de optimizar la aplicación de la justicia militar, en concordancia con estándares del derecho internacional.

El nivel de colaboración y discusión internacional nos permiten divisar un futuro más sólido para alcanzar consensos y propuestas integradoras, siendo una de las prioridades desarrollar una codificación estándar de los

crímenes militares y la concordancia entre las leyes de justicia militar y las leyes del derecho internacional humanitario.

Bajo un enfoque global, y considerando la función vital que cumple en nuestros países así como las posibilidades de su estandarización técnica, el tema de la justicia militar tiene que estar en la agenda compartida y en los acuerdos vinculantes, en la misma forma como lo están los temas económicos, culturales y las propias materias de intercambio o reciprocidad en materia judicial ordinaria.

Conclusión

Después de todo un ciclo de cuestionamiento, debate, replanteamiento y defensa del fuero militar, especialmente en el Perú y en los países de América Latina, podemos decir que el temporal está dando lugar a una etapa de respeto y reconocimiento, quedando claro que el sistema de justicia militar, igual que cualquier convención humana, es necesario para la convivencia pacífica y que siempre será perfectible y requerirá innovarse para optimizar su efecto. Por lo tanto, podemos reafirmar que la justicia militar es una institución vital para el funcionamiento de nuestros sistemas de defensa y seguridad interna, que están basados en fuerzas militares, cuyo fundamento son la disciplina y el fiel cumplimiento de las normas de su servicio.

DEONTOLOGÍA FISCAL MILITAR POLICIAL

*Contralmirante CJ (r) Hernán Ponce Monge**

29

Vivimos en nuevos tiempos, con un desarrollo tecnológico vertiginoso, que nos obliga a adaptarnos al cambio; sin embargo, por encima de ello, nuestra actividad siempre debe ser conforme a una moral y ética existencial, donde el amor por la justicia tiene que traducirse necesariamente en amor por la verdad y, consiguientemente, en un firme compromiso ante la sociedad.

Aspiro a que estas líneas sobre deontología constituyan directrices de conducta, motiven y calen en sus conciencias el deber de un fiscal militar policial, de contar con una sólida formación ético-moral, con principios, valores y capacidades que condicionan su vida a un apostolado de servicio intachable, en bien de la justicia, en su doble condición de vestir con respeto y unción patriótica el uniforme de las fuerzas armadas o Policía Nacional y de lograr la excelencia como profesionales del derecho.

El vigente Código de Ética del Magistrado Militar Policial (2009), establece el conjunto de normas y principios morales que orientan la conducta, calidad profesional, humana y axiológica de los operadores jurisdiccionales y fiscales.

El perfil deontológico del Fiscal Militar Policial, está constituido por un conjunto de rasgos característicos que definen el tipo de persona idónea para ejercer el cargo, son los deberes mínimos exigibles para la función fiscal:

* Contralmirante del cuerpo jurídico de la Marina de Guerra del Perú en Situación de retiro, Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente Fiscal Supremo, Presidente de la Fiscalía Suprema Militar Policial.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES PRIORITARIOS DE LA FUNCIÓN FISCAL

“Los principios son los fundamentos que permiten el desarrollo de la función fiscal, basada en valoraciones y razonamientos que rigen el pensamiento y quehacer de los fiscales que finalmente se traducirán en normas de conducta personal”.¹

Los fiscales militares policiales deben regir su actividad a los principios y virtudes siguientes:

- a) *Independencia*: actuar con plena autonomía para sus decisiones, sin intervención ni subordinación al poder (político, militar, religioso, amical u otro).
- b) *Legalidad*: estricto cumplimiento y sujeción a la Constitución Política del Perú y la ley. El fiscal actúa en función de hechos probados como delitos previstos y penados en el Código Penal Militar Policial.
- c) *Unidad y jerarquía*: la Fiscalía Militar Policial es un órgano jerárquicamente organizado, que integra el Fuero Militar Policial, por lo que deben sujetarse los fiscales a las instrucciones que imparten sus superiores, actuando corporativamente, sin que ello signifique limitar la independencia de criterio, ni la libertad de acción dentro de los límites legales.
- d) *Objetividad*: el fiscal militar policial actúa imparcialmente, analizando los hechos que investiga con objetividad para llegar a la verdad y la justicia, velando por la disciplina.
- e) *Humanidad*: el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, precisa: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; por ende, el Fiscal Militar Policial debe estar dotado de los elementales principios de humanidad.

Sócrates definió las cuatro características del juez, aplicable a los fiscales:

- “1. Escuchar cortésmente.
2. Responder sabiamente.
3. Ponderar prudentemente.
4. Decidir imparcialmente”.

LOS VALORES MORALES Y ÉTICOS

El papa Francisco I, en una comunicación al Presidente de la Corte Suprema de Argentina, el 23 de marzo afirmó sobre los magistrados en su importante labor, lo siguiente:

“Este va unido a la búsqueda continua de dar a cada uno lo que es debido. Se trata de respetar el orden, derrotar el mal, tutelar la verdad. Los que se dedican a ello están adornados de virtudes humanas, en particular grandeza de espíritu, prudencia, sabiduría, integridad y fortaleza”.

La justicia

Es el valor *per se* como persona humana, más aún en la actividad del fiscal militar policial, es el supremo valor.

El jurista Ulpiano definió: “La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho” (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius summi cuique tribuendi*).

Para Platón, la justicia es armonía social.

Para Aristóteles, la justicia es una ética de la virtud.

Para Santo Tomás de Aquino, la justicia es la ley natural.

Para Kant, la conducta humana es buena o justa cuando lo determina la norma.

Para John Rawls, la justicia es definida como equidad.

1 “Perfil general deseado del Fiscal”, Ministerio Público, Comisión de Trabajo Multidisciplinario N° 1, octubre - 2003.

Evocamos a Hans Kelsen cuando dijo:

“En realidad yo no sé si pueda decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante de mi vida, la justicia para mí es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia, y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”.²

La integridad moral y ética

El Tribunal español define la integridad moral como:

“Un atributo de la persona como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo, esto es como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento”.

La ética fiscal no configura una imposición ni un decreto, es una forma de comportamiento para ejercer las atribuciones que le da la Ley, para cumplir el juramento de respeto irrestricto a la Constitución y las leyes, velando por el bien y la prosperidad del país; constituyendo una construcción social permanente.

La conducta del fiscal militar policial tiene que ser disciplinada, con una permanente práctica de valores, en lo profesional e institucional, familiar, social y personal, con una vasta cultura y un comportamiento ejemplar, más aún si consideramos que el fiscal dirige la investigación que, en sí, constituye el meollo de la actuación fiscal.

El honor y la honestidad

Cualidad moral que conlleva el más escrupuloso cumplimiento de nuestros deberes y valores; son actos virtuosos que lindan con el valor y el heroísmo.

Es el valor de ser decente, razonable, justo y honrado y que lleva a un comportamiento íntegro, probo, coherente, solidario, cooperante, participativo; trabajo en equipo y sincero, una ética de vida, rectitud e integridad.

La honorabilidad y la conducta honesta del fiscal contribuyen a la formación de una autoridad que goza de reconocimiento social para lograr una recta administración de justicia.

La honradez y la veracidad

Es la probidad en el fiscal, no apropiarse, respetar el patrimonio ajeno, no incurrir en acto que afecte el honor, no violar normas morales y legales.

La veracidad es decir siempre la verdad, la franqueza debe ser una condición innata; cuando el fiscal busque la prueba debe estar necesariamente sustentada en la verdad.

El patriotismo y la heroicidad

Es el amor a la patria, es la tierra donde nacimos, es su historia, como bien manifestó el Coronel SJE (f) Hernán Monsante: “Una frase feliz define el pasado como el pie de atrás en que se afirma el que se echa adelante para progresar marchando”.³

El héroe o mártir es un personaje que encarna habilidades sobrehumanas y representan personalidades idealizadas que le permiten llevar a cabo hazañas dignas de elogio, en su lugar y tiempo, sacrificando su vida, mostrando gran

2 HANS KELSEN, *Qué es la justicia*, 1982.

3 Coronel SJE (f) HERNÁN MONSANTE RUBIO, *Fuerzas morales militares*, 1969.

valor y virtudes, historia escrita con la sangre de nuestros héroes y mártires.

Vivamos los ideales del Gran Almirante del Perú, don Miguel Grau Seminario, el Caballero de los Mares, el Gran Mariscal del Perú, don Francisco Bolognesi Cervantes, el Gran General del Aire, don José Abelardo Quiñones Gonzales y el Capitán de la Guardia Civil del Perú, Alipio Ponce Vásquez, honor y gloria.

El carácter, la lealtad y el tacto

“El carácter está definido por la orientación valorativa de la personalidad”⁴, impone fuerza y decisión, demuestra carácter y valentía, control o manejo al temor o miedo, coraje, firmeza, temple, vigor, imprime un sello o cuño en nuestras acciones y fija un rumbo a nuestras aspiraciones. El fiscal militar policial debe ser un profesional decidido y firme. Actitud de respeto y ponderación del fiscal de mayor jerarquía al inferior y viceversa, valor trascendental en la vida del magistrado militar policial, siempre en el contexto de lo justo y legal.

Josiah Royce afirmó que la lealtad es “la devoción consciente, práctica y amplia de una persona o una causa”⁵, es decir, es un compromiso pleno, de cumplimiento a lo que exigen las leyes de fidelidad y las de honor y hombría de bien, que conlleva la confianza a una institución o persona.

El tacto es el comportamiento adecuado a las circunstancias, que lleva a actuar con el tino suficiente, así como con prudencia, sagacidad, tolerancia, flexibilidad, cordialidad, guardando reserva y discreción necesarias.

La transparencia y la excelencia

Los fiscales militares policiales tienen el deber de ser transparentes en su labor, debien-

do actuar con cautela, en forma franca, sin quebrar la reserva cuando corresponda.

La excelencia es la suprema calidad, es el liderazgo ético. El líder que sirve a los demás y no espera servirse de ellos.

PRINCIPIOS MILITARES POLICIALES ESENCIALES, REGULADOS EN EL ARTÍCULO XIX DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

La disciplina

Es el conjunto de deberes que imponen y obligan al militar y al policía. El concepto de la disciplina comprende el orden, la uniformidad, la obediencia, la consideración, el respeto al superior, la puntualidad, el autocontrol, el equilibrio, la apariencia personal, la pulcritud y el compañerismo.

Jerarquía y subordinación

La jerarquía es la base de la estructura orgánica de las fuerzas armadas y la Policía Nacional. Cada grado se halla sometido a todos los grados superiores y ejerce, a su vez, autoridad sobre los inferiores.

El medio por el cual se ejerce la autoridad del superior sobre el inferior en grado es la subordinación y ella consiste en el respeto, obediencia, colaboración y acatamiento a cada grado militar o policial, para el estricto cumplimiento de los deberes militares y policiales.

El principio de mando y obediencia

El mando es el privilegio y la obligación de dar órdenes. Todo superior debe mantener, por todos los medios posibles, su autoridad sobre sus subordinados, en cumplimiento de las leyes, reglamentos y consignas que importan el servicio y, a su vez, el subordinado tiene el deber de dar cumplimiento a las órdenes.

4 Capitán de Corbeta (r) JUAN RIVERA PÉREZ, *Los principios espirituales de los herederos de Miguel Grau*, 1993.

5 JOSIAH ROYCE, *The philosophy of loyalty*, 1908.

Principio de defensa y seguridad de la República

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

Por ello, el delito de función previene y sanciona todo acto de los efectivos militares o policiales que atenten contra el cumplimiento de las funciones, la existencia, la organización y la operatividad de las fuerzas armadas o la Policía Nacional.

Principio de subordinación al poder constitucional

Las fuerzas armadas y Policía Nacional no son deliberantes y están subordinadas al poder constitucional; por esta razón, en los efectivos militares y policiales recae el deber de defender la estabilidad de la organización política y viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, en concordancia con los artículos 165°, 166°, 169° y 171° de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, el delito de función previene y sanciona todo acto de un militar o policía que atente contra el orden constitucional.

LAS CAPACIDADES PROFESIONALES, TÉCNICAS Y PERSONALES

Confucio dijo: “Es mejor encender una pequeña luz que quejarse de la oscuridad”.

Está dado por los conocimientos actualizados de la legislación, la doctrina, la juris-

prudencia, los tratados internacionales sobre la materia, a los que se suman las habilidades, actitudes y destrezas prácticas.

El fiscal militar policial debe conocer y poner en práctica los métodos y técnicas de investigación, más aún si se tiene en cuenta que él dirige la investigación, recopila datos, los ordena, selecciona, para ubicar los indicios que lo llevarán a las pruebas, con una teoría del caso, planteando sus estrategias para llegar al esclarecimiento total de la responsabilidad de una persona, debiendo previamente conocer la realidad nacional, sus costumbres, tradiciones, usos y la pluralidad cultural.

El trabajo fiscal conlleva un trabajo corporativo, se realiza con base en la unidad de la función fiscal, como órgano jerárquicamente organizado, con objetivos y metas comunes, tiene como sustento un espíritu de equipo, cohesión y cooperación en la actividad fiscal, no solo en su misma instancia, sino, también, en instancias superiores, sin perder la correspondiente jerarquía del fiscal.

La proactividad y la innovación del fiscal es el cumplimiento de su función de modo creativo y audaz, principalmente en la actuación de la investigación y acopio de medios probatorios para sustentar la teoría del caso.

El fiscal debe poner en práctica las técnicas de la oralidad, la argumentación y la retórica forense. El dr. Miguel Antonio de la Lama, Primer Fiscal Militar Policial (1899-1912), conceptualizó que la “Elocuencia forense es la facultad de persuadir a los jueces, arrastrando su razón y su voluntad, a la vez, para hacer triunfar la verdad y la razón, del error y de la injusticia, y que retórica forense es el arte o rama de la retórica que da las reglas para desarrollar y dirigir esa facultad de persuadir a los Jueces”.⁶

Las habilidades se refieren a la adaptación al cambio, creatividad, razonamiento jurídico,

planificación, expresión oral y escrita, argumentación, innovación, organización, investigación, persuasión, responsabilidad, sensibilidad, veracidad, agilidad mental, síntesis, razonamiento, conocimiento de los sistemas de información e informática, comunicaciones, correo electrónico, teleconferencia, internet y priorizar las actividades del fiscal.

Las actitudes devienen de una conducta laboral, hábitos y experiencias, liderazgo, docencia, responsabilidad, empatía, motivación, tolerancia, control de las emociones, sentimientos, autoestima, logrando alcanzar sus metas, unificando criterios, homogeneidad, empatía, proactividad, prudencia, tino y tacto, responsabilidad, sensibilidad social, voluntad de servicio, transparencia y viabilidad en sus decisiones.

En consecuencia, el perfil del fiscal militar policial se sustenta en los principios, valores, capacidades y conducta intachable, profesional de excelencia; con una línea de carrera del magistrado, moderna y justa con base en la meritocracia, incentivando el estudio para la aplicación del sistema acusatorio, adversarial y garantista a que se contrae el novísimo Código Penal Militar Policial, lo que permitirá que nuestro fuero se legitime para coadyuvar a la disciplina en las fuerzas armadas y Policía Nacional.

El papa Francisco I el 24 de abril 2013, con esa sencillez característica de un gran pensador de nuestros tiempos, afirmó: “Apostar por los grandes ideales” y a “no tener miedo de soñar con cosas grandes”.

LA COMISIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Contralmirante CJ Luis Temple de la Piedra**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue fundada sobre la base de la VII Resolución de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Americanos en Santiago de Chile, el año 1959. Hasta 1970, la Comisión funcionó autónomamente y basó su actividad en la promoción de los derechos humanos en América, sobre todo a través de informes relativos a la situación de los derechos fundamentales en los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). El sustento jurídico de la Comisión, desde su creación hasta la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Comisión pasó a convertirse en un órgano principal de la OEA, dejando su autonomía a partir de la vigencia del Protocolo de Buenos Aires, modificatorio de la Carta de la OEA, suscrita en Bogotá el 30 de abril de 1948 y el instrumento de ratificación depositado por el Perú el 12 de febrero de 1954. En efecto, el artículo III de la Carta modificada establece: “Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá como función principal la de servir como órgano consultivo de la organización en esta materia. Una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene como función principal la de promover la observancia y el respeto a los derechos humanos y servir como instrumento de la Organización de Estados Americanos (OEA) en esta materia.

* Contralmirante de la Marina de Guerra del Perú en situación de retiro, Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Actualmente Vocal Supremo del Fuero Militar Policial.

De otro lado, como parte del fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, siendo suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977 en la Secretaría General de la OEA, aprobada por el Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978 y con fecha 21 de enero de 1981 presentó el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo a los artículos 45° y 62° de la Convención, reconociendo su competencia y jurisdicción para hechos ocurridos a partir del 21 de enero de 1981.

De conformidad a lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión representa a los estados miembros de la organización. Está integrada por siete miembros elegidos a título personal por la asamblea general, por un periodo de cuatro años.

Este instrumento internacional estableció a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como los órganos encargados de asegurar su cumplimiento:

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene la obligación de velar porque los estados cumplan con la observancia de las normas de la Convención, por la cual se rige además del estatuto y reglamento que detallan sus facultades y procedimientos.

La Comisión se reúne en dos periodos anuales de sesiones ordinarias. Una de las principales funciones de la Comisión es atender las peticiones de personas o grupos que aleguen violaciones de derechos humanos cometidas en países miembros de la organización.

Es así como el artículo 44° de dicha Convención le otorga la competencia de recibir denuncias por presuntas violaciones de derechos humanos atribuibles a los estados.

De esta manera, con la denuncia y la declaración de admisibilidad se da inicio al trámite internacional de un caso individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), luego de cumplirse el trámite previsto en los artículos 44° y siguientes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si se considera que el Estado no es responsable de los hechos que se le imputan se ordena el archivo del caso.

Conforme al procedimiento ante la CIDH cualquier persona, por sí misma o en representación de otra, puede presentar una petición ante la Comisión para denunciar una violación a los derechos humanos. También pueden presentar reclamaciones las organizaciones no gubernamentales (ONGs). Para tal efecto deben cumplir tres condiciones antes de presentar una reclamación: el Estado acusado debe haber violado uno de los derechos establecidos en la Convención Americana o en la Declaración Americana; el reclamante debe haber agotado los recursos legales disponibles en el Estado donde ha ocurrido la violación y la petición a la Comisión debe ser presentada dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la decisión final sobre el caso por parte del tribunal correspondiente, y la reclamación no deberá estar pendiente de otro procedimiento internacional.

La Comisión, al recibir una petición, examina la denuncia e inicia la investigación del caso. Si reconoce la admisibilidad, comunica al gobierno del Estado que se ha recibido una petición en su contra y se le invita a responder a las acusaciones. La Comisión puede realizar distintas actividades destinadas a esclarecer los hechos y descubrir la verdad; entre ellas, llevar a cabo audiencias e investigaciones *in loco* (en el lugar). Si la Comisión determina que el gobierno ha cometido una violación de derechos humanos, entonces recomendará a este que cambie su conducta, investigue los daños causados a las víctimas y, en

general, no cometa más violaciones a los derechos fundamentales. La Comisión no puede forzar estos resultados. Ante todo, en cualquier momento intentará lograr un “arreglo amistoso” entre las partes (el peticionario y el gobierno) y convencer a las partes o a sus representantes para que inicien conversaciones.

Si el gobierno no cumple con estas recomendaciones, la Comisión podrá publicar sus conclusiones en su informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos o en cualquiera otra forma.

Finalmente, la Comisión tiene la posibilidad de enviar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si el Estado involucrado ha aceptado su jurisdicción.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional autónomo encargado de juzgar los casos que le someta la Comisión Interamericana. En uso de las atribuciones concedidas, la Corte puede dictar sentencias de condena contra los estados de la OEA que hayan aceptado expresamente su jurisdicción.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, fue establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Está integrada por siete jueces elegidos por los estados partes en la convención, en la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, para un periodo de seis años.

En lo referente a la función consultiva, la Convención prevé que cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos podrá consultar a la corte acerca de la interpretación y aplicación de la convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en la región.

Este derecho de consulta se hace extensivo en lo que a cada uno compete a los

órganos mencionados en la carta de la organización y también podrá, a solicitud de cualquier Estado parte de la misma, emitir opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales.

Estos organismos internacionales para el cumplimiento de la misión encomendada siguen procedimientos determinados.

El procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se basa en una denuncia contra un Estado parte que ha reconocido su competencia. La declaración de reconocimiento de la competencia puede ser hecha en forma incondicional o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos.

Los estados que sean parte en un caso son representados por un agente asistido por personas de su elección, pudiendo asimismo nombrarse agentes alternos. La Comisión es representada por los delegados que al efecto designe y podrán hacerse asistir por cualquier persona de su elección.

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes, y si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

El fallo emitido por la Corte es definitivo e inapelable y los estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte; sin embargo, en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualesquiera de las partes.

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, así mismo, si ello fuere procedente, que se reparen

las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de una sentencia contra el Estado.

Conforme se ha expuesto precedentemente, el Estado peruano al presentar el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo hizo de acuerdo a los artículos 45° y 62° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- El capítulo VII, sección 3 de la competencia de la Convención, artículo 45° (competencia facultativa) es la que el Estado peruano reconoce para la competencia de la Comisión. Este artículo en su inciso 1) dispone que todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta convención; y en su inciso 2) establece que las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo, solo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un estado parte que haya hecho una declaración por la que reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.
- El capítulo VIII, sección 2 de la competencia y funciones de la Corte Inter-

americana de Derechos Humanos, en su artículo 62.1° dispone que todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todo los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

El artículo 62.2° señala que la declaración puede ser hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al secretario general de la organización, quien transmitirá copias de esta a los otros estados miembros de la organización y al secretario de la Corte.

El artículo 44° (competencia genérica) establece que: cualquier persona o grupo de personas, o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en uno o más estados miembros de la organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

El artículo 305° de la abrogada Constitución Política del Perú de 1979, correspondiente al título Garantías constitucionales, estableció que: "Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú". Conforme a la décimosexta disposición general de la Constitución de 1979, se ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45° y 62° referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 39° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley 23506, dispone que: “Para los efectos de lo establecido en el artículo 305° de la Constitución, (uno de) los organismos jurisdiccionales internacionales a que puede recurrir quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce (es)... la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

El artículo 205° de la Constitución Política del Perú de 1993, correspondiente al Título V, de las Garantías constitucionales, señala que: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Análisis y comentarios

Se considera necesario incidir en el hecho de que los casos individuales en actual tramitación ante la Comisión han sido planteados a petición de organizaciones no gubernamentales y no por competencia originaria de la Comisión o por denuncia de otro Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La secretaría ejecutiva de la Comisión en las peticiones trasladadas al gobierno peruano no ha considerado la naturaleza de la competencia supranacional que el Estado peruano reconoce a los órganos competentes de la Convención, al formular imputaciones de terceros

de presuntas violaciones de derechos reconocidos por la Convención, como si se tratara de casos sometidos a su competencia originaria, y no como consecuencia de un proceso constitucional interpuesto ante la jurisdicción interna del Estado peruano.

En la ratificación expresa del artículo 45.1° del Pacto de San José, el Estado peruano reconoce constitucionalmente la competencia obligatoria de la CIDH para los casos de denuncias de otros estados parte en la Convención Americana.

Es conveniente precisar que el reconocimiento de la competencia contenida en el artículo 45° de la Convención, debe aplicarse a las comunicaciones presentadas por los estados parte, situación que en la práctica deviene en innecesaria, si se tiene en cuenta que la mayor parte, por no decir la totalidad de las denuncias, han sido y son promovidas por personas individuales u ONGs.

A manera de reflexiones finales y conclusiones puedo señalar que el Perú reconoció la competencia de la CIDH para la revisión de procesos constitucionales y no de otra clase; y que el reconocimiento de la competencia contenida en el tantas veces referido artículo 45° de la Convención Americana, solo se aplica a las comunicaciones presentadas por otros estados parte.

Bibliografía

OEA/CIDH. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano.

CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A PERSONAS JURÍDICAS Y LAVADO DE ACTIVOS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1106

Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga*

Las consecuencias accesorias son sanciones penales especiales aplicables a las personas jurídicas que resultan vinculadas desde su actividad, administración u organización, con la ejecución, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible, en este caso, operaciones de lavado de activos (cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal*. Idemsa. Lima, 2009, p. 80 y ss.). Constituyen una vía intermedia o de tránsito hacia la atribución de una responsabilidad penal propia y directa para las personas jurídicas (cfr. Roxanna L. Reyes Tello *¿Responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídicas?* Idemsa. Lima, 2010, p. 66 y ss.). Su naturaleza punitiva resulta, pues, en la actualidad, plenamente contrastable desde su configuración legal, aplicación formal y eficacia social.

Tradicionalmente la justificación de la responsabilidad penal directa y, por ende, de la punibilidad propia de las personas jurídicas (mayormente entendidas como empresas que promueven, toleran o desarrollan delitos como prácticas disfuncionales) ha girado en torno a criterios normativos a la vez que a evidentes demandas de política criminal. En ese contexto, se ha hecho referencia predominantemente a modelos de atribución basados en la existencia de defectos de organización o por la aplicación de una deficiente administración y control de riesgos; o por la proyección sistémica de una filosofía criminógena que vincula al ente colectivo y a sus órganos gestores u operativos (cfr. Klaus Tiedemann. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Anuario de Derecho Penal* 96, p. 125; Günther Heine. “La responsabilidad

* Catedrático de Derecho Penal. Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República.

penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales”. AA.VV. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001, p. 69 y ss.). Díez Ripollés sistematiza todas estas propuestas en tres opciones justificativas y explicativas: 1) el modelo de transferencia de responsabilidad; 2) el modelo de autoresponsabilidad; y 3) el modelo mixto. Cada uno con sus propios criterios, argumentos y alcances (cfr. José Luis Díez Ripollés. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación española”. *Libro Homenaje al profesor José Hurtado Pozo*. Idemsa. 2013, p. 137 y ss.).

Sin embargo, es evidente que este tipo de cuestiones dogmáticas estuvieron alejadas del Código Penal peruano, cuando se incluyó entre sus normas el artículo 105° sobre consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas. Es más, todavía ellas se discuten o descompasan en la visualización que se tiene en la doctrina y jurisprudencia nacionales sobre su naturaleza penal, así como sobre su utilidad y futuro, especialmente cuando se les incluye como estrategias para la prevención y control de delitos de criminalidad organizada como el lavado de activos. Por ejemplo, Reyna Alfaro, con evidentes escrúpulos, califica a las consecuencias accesorias como:

“Sanciones sui generis ubicadas a caballo entre las sanciones administrativas y las sanciones penales. Su relación con las sanciones administrativas tiene que ver con su estructura ontológica en tanto con medidas previstas comúnmente en el Derecho Administrativo sancionador, mientras que con las sanciones penales, les une el fin perseguido –el preventivo– y la jurisdiccionalidad de su imposición” (Luis Miguel Reyna Alfaro. “Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 37. Julio 2012, pp. 131 y 132).

Por su parte Gálvez Villegas, siguiendo a Castillo Alva, sin mayor explicación dogmática o político criminal, las cataloga como “medidas

administrativas vinculadas a la comisión de un delito”, lo cual contradice abiertamente su presencia en el Código Penal y su aplicación concreta en la sanción de delitos que involucran a entes colectivos, sobre todo en el ámbito del lavado de activos, como se ha puesto en evidencia con las trascendentes reformas ocurridas en la legislación española. Por lo demás, es evidente, conforme a nuestras normas orgánicas y competenciales, que no le está autorizado a la judicatura penal la aplicación de sanciones administrativas, solo tiene legitimidad para imponer consecuencias civiles reparatorias (cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. *El delito de lavado de activos*. 2ª. edición. Lima, 2009, p. 268). Son rechazables, igualmente, posiciones tradicionales y reaccionarias, como la sostenida con escaso sentido crítico por Alpaca Pérez, quien parece mantener la utópica idea de que las personas jurídicas están al margen de delitos como el lavado de activos o que debe auspiciarse su impunidad en los casos en que resulten involucradas en tales actos por carecer de “capacidad de acción y de culpabilidad”, debiendo de aplicárseles, solamente, medidas de eficacia preventiva (cfr. Alfredo Alpaca Pérez. “Reflexiones en torno al estado actual de la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas a partir del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 40. Octubre 2012, p. 73 y ss.).

La empresa criminal encubierta o las personas jurídicas criminógenas no encuadran, pues, con facilidad, en ese tipo de razonamientos y modelos más próximos a delitos de fraude financiero o de abuso de poder económico, que de legitimación de capitales o financiación del terrorismo. No obstante, la presencia de consecuencias accesorias entre las sanciones penales que contempla el Decreto Legislativo 1106, para reprimir la presencia de personas jurídicas en el núcleo o en la periferia de operaciones de lavado de activos, es pertinente aún con sus conocidas limitaciones. En efecto, la criminalización de la persona jurídica es una necesidad estratégica para la eficacia de toda política de prevención y control nacional e internacional del

lavado de activos. Por lo demás, su presencia y conexión activa con operaciones de lavado de activos ha sido evidenciada reiteradamente en nuestra jurisprudencia desde inicios del presente siglo, como lo demostró el denominado caso Foguel (cfr. Considerando Sexto de la Ejecutoria Suprema del 26 de mayo de 2004. Recaída en la causa R.N. N° 2202-2003 de la Sala Penal Permanente. Procedente del Callao). Por tanto, las decisiones legislativas al respecto no se pueden eludir ni esperar un sustento dogmático más adecuado que controle todo riesgo potencial de arbitrariedad como exige, con acierto y rigurosidad, García Caveró:

“queda completamente claro que no basta con el reconocimiento legislativo de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que la dogmática penal debe, antes o después de la reforma legal correspondiente, proveer de los insumos dogmáticos necesarios para sustentar la imposición de una sanción penal a las personas jurídicas. Si no se trabaja en la legitimación jurídica de estas medidas, se habrá vuelto a la época en la que la administración de justicia se realizaba de manera arbitraria, con absoluta carencia de razones justificadas para intervenir sobre los ciudadanos” (Percy García Caveró. “¿Debe regularse una responsabilidad penal de las personas jurídicas? Esbozo de un modelo de atribución”. En: *20 Años de Vigencia del Código Penal Peruano*. Raúl Pariona Arana-Director. Grijley. Lima, 2012, p. 415).

Es, pues, la oportunidad de empezar a construir esa legitimación jurídica, como lo es, también, de aplicar con eficiencia esta nueva estrategia contra el circuito del capital de las organizaciones criminales que se encubre y desplaza a partir de la organización y servicios de las personas jurídicas de fachada. Para esto último, en el artículo 8° del Decreto legislativo 1106, se ha incluido un nutrido catálogo de consecuencias accesorias que se aplicarán a las personas jurídicas que resulten involucradas en la comisión, favorecimiento, facilitación u ocultamiento de delitos de lavado de activos,

en cualquiera de las modalidades tipificadas por los artículos 1°, 2° y 3°. El contenido de dicha norma es el siguiente:

“Si los delitos contemplados en los artículos 1°, 2° y 3° del presente decreto legislativo fueren cometidos en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización o servicios, para favorecerlos o encubrirlos, el juez deberá aplicar, según la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible, las siguientes consecuencias accesorias de manera alternativa o conjunta:

1. Multa con un valor no menor de cincuenta ni mayor de trescientas unidades impositivas tributarias.
2. Clausura definitiva de locales o establecimientos.
3. Suspensión de actividades por un plazo no mayor de tres años.
4. Prohibición de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
5. Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
6. Disolución de la persona jurídica.

Simultáneamente a la medida impuesta, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores, hasta por un periodo de dos años.

El cambio de la razón social o denominación de la persona jurídica o su reorganización societaria, no impide la aplicación de estas medidas”.

No cabe duda, que se trata de una innovación pertinente a la vez que oportuna, pues satisface una reiterada exigencia de la doctrina penal nacional (cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga.

Lavado de activos y financiación del terrorismo. Grijley. Lima, 2007, p. 185) y un requerimiento constante de los instrumentos internacionales de la materia, como la nuevas recomendaciones 3 y 35 (2012) del Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI. En efecto, la nota interpretativa de la primera de estas recomendaciones demanda en su literal (c) lo siguiente:

“Debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad penal y sanciones penales, y, cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales del derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas” (*Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las recomendaciones del GAFI.* Edición publicada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Lima. 2013, p. 37).

Por lo demás, con el artículo 8° del Decreto Legislativo 1106 se logra cubrir un notorio vacío y fuente de impunidad que posibilitaba indirectamente la Ley 27765. Efectivamente, en la actualidad la información criminológica y criminalística disponible ha demostrado que en el *modus operandi* del delito de lavado de activos en nuestro país, la intervención de la persona jurídica no solo es frecuente, sino que, además, en el mayor número de casos resulta determinante para la materialización exitosa de tales actos ilícitos.

La fuente legal de la norma que estamos comentando la encontramos en el artículo 17° del Decreto Legislativo 813 (Ley Penal Tributaria) y en el artículo 11° de la Ley 28008 (Ley de los Delitos Aduaneros).

En el derecho penal extranjero, solo la legislación española regulaba esta clase de sanciones, en la redacción original del artículo 129° del Código Penal de 1995. Sin embargo, a través de la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio de 2010 se les concedió la condición de penas aplicables a las personas jurídicas (cfr. artículo 33°, apartado 7 del Código Penal español). Sobre esta importante transformación se ha señalado lo siguiente: “Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente” (Apartado VII del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010). No obstante, un sector de la doctrina española califica de limitada esta reforma por privilegiar con sus ambigüedades un modelo de atribución indirecto o derivado, en vez de haber optado a plenitud por uno directo o propio. Al respecto, Zúñiga Rodríguez refiriéndose a los alcances normativos del nuevo artículo 31° bis, ha sostenido que con el modelo elegido “se corre el riesgo de mantener una responsabilidad vicarial, totalmente dependiente de la persona física que, al parecer, el legislador quiso evitar” (Laura Zúñiga Rodríguez. *Societas Delinquere Potest. La Reforma Penal de 2010.* Ratio Legis. Salamanca, 2011, p. 14).

En el texto vigente del artículo 302°.2 del Código Penal español, se ha dispuesto la aplicación preeminente de penas de multa para las personas jurídicas implicadas en delitos de lavado de activos. Según Silva Sánchez la multa cumple, en estos casos, una función de “medida externa para la autoorganización (esto es, como un medio de presión para la corrección de estados antijurídicos)” (Jesús-María Silva Sánchez. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal español”. *Libro Homenaje al profesor José Hurtado Pozo.* Ob. cit., p. 376). No obstante, como lo destaca Manjón-Cabeza Olmeda (Ob. cit., p. 346), también es posible la aplicación de otras penas como la di-

solución de la persona jurídica, la clausura de locales o su intervención; sanciones que también ha incluido el Decreto Legislativo 1106 en su artículo 8° aunque todavía como consecuencias accesorias.

En nuestra región, el derecho penal guatemalteco, desde el año 2001, también ha dispuesto la imposición directa de penas para las personas jurídicas que resulten comprometidas en delitos de lavado de activos, incluyendo supuestos de reincidencia. En efecto, el artículo 5° del Decreto 67-2001 (Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos) establece lo siguiente:

“Serán imputables a las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad penal de sus propietarios, directores, gerentes, administradores, funcionarios, empleados o representantes legales, los delitos previstos en esta ley, cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios”.

En este caso, además de las sanciones aplicables a los responsables, se impondrá a la persona jurídica una multa de diez mil dólares (EUA \$ 10,000.00) a seiscientos veinticinco mil dólares (EUA \$ 625,000.00) de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, atendiendo a la gravedad y circunstancias en que se cometió el delito, y se apercibirá que en caso de reincidencia se ordenará la cancelación de su personalidad jurídica en forma definitiva.

También se sancionará a la persona jurídica con el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; el pago de las costas y gastos procesales, y la publicación de la sentencia en, por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país”.

Cabe señalar que Venezuela también incluye una responsabilidad penal directa para las personas jurídicas involucradas en operaciones de lavado de activos en el artículo 26° de su Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada de 2005.

Ahora bien, a diferencia de lo acontecido en España, Guatemala y Venezuela, donde la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha procurado regularse de manera directa e independiente de la que corresponda a la persona física que realizó el hecho punible o hecho de referencia (cfr. José Miguel Zugaldía Espinar. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: problemas generales. La cuestión en el Derecho Penal Español”. *Separata de la Conferencia pronunciada en la Corte Suprema de Justicia*. Lima. Julio de 2010, p. 6; diferente Laura Zúñiga Rodríguez. *Societas Delinquere Potest. La Reforma Penal de 2010. Ratio Legis*. Salamanca. 2011, p.14), el artículo 8° del Decreto Legislativo 1106 del Perú exige aún una responsabilidad por reflejo o vicaria. Esto es, para que puedan aplicarse consecuencias accesorias a la persona jurídica implicada se requiere que, simultáneamente, se haya identificado, procesado y sancionado penalmente a la persona natural que fue autora material del delito de lavado de activos, donde el ente colectivo resultó involucrado o beneficiado. Esta responsabilidad paralela, como sostiene Zúñiga Rodríguez, constituye un insalvable escollo legal y de imputación que incide en la efectividad político criminal de las consecuencias accesorias, a la vez que reduce sensiblemente su oportunidad aplicativa (cfr. Laura Zúñiga Rodríguez. “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP: principales problemas de aplicación”. En: *Anuario de Derecho Penal* 2003, p. 496).

No obstante, al margen de las limitaciones anotadas, el mayor problema que generan las consecuencias accesorias a la judicatura peruana, radica en la ausencia de reglas propias y específicas para su fundamentación y determinación.

Esto es, reglas claras y operativas que orienten al juez para elegir, de modo cualitativo y cuantitativo, el tipo y la magnitud de la consecuencia accesoria que debe aplicarse a la persona jurídica en el caso concreto. En tal sentido, una evidente exigencia de lege ferenda sigue siendo la configuración legal de criterios y prácticas que permitan superar tales carencias, lo cual de alguna manera ha pretendido legislar el artículo 110° del Anteproyecto de Código Penal de la Comisión Especial Revisora 2008/2010. No obstante, el artículo 8° del Decreto Legislativo 1106 también fija algunas pautas al respecto, al señalar que “el juez deberá aplicar, según la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible, las (...) consecuencias accesorias de manera alternativa o conjunta”.

Consideramos que en este dominio, como lo ha establecido también el Fundamento Jurídico 14° del Acuerdo Plenario N° 7-2009/ CJ-116 del 13 de noviembre de 2009, la autoridad judicial para determinar las consecuencias accesorias que resulten aplicables al hecho *sub judice* deberá de realizar dos operaciones o etapas de constatación. En **un primer momento** se debe comprobar la existencia de los presupuestos generales que legitiman la imposición de una consecuencia accesoria a un ente colectivo. Tales presupuestos son los siguientes:

- a. **Que se haya cometido un delito.** No hay posibilidad legal de aplicar consecuencias accesorias predelictuales.
- b. **Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito.** Este presupuesto se constituye, además, en el principal criterio de imputación penal a tomar en cuenta, a la vez que el *thema probandum* esencial para poder sancionar a la persona jurídica.
- c. **Que se haya condenado penalmente al autor (físico) específico del delito.** Este presupuesto implica verificar una condición objetiva para la imposición de la con-

secuencia accesoria. Como se mencionó anteriormente, para nuestra legislación vigente deviene en indispensable constatar la condena penal de una persona natural por el delito imputado a la persona jurídica, para que sea viable la imposición de consecuencias accesorias a la misma. Se requiere, pues, una punibilidad paralela entre persona natural y persona jurídica. Sin embargo, no es necesario que se haya aplicado a la primera una pena o que de imponérsele esta tenga carácter efectivo. Por tanto, se podrá aplicar una consecuencia accesoria a la persona jurídica aun cuando a la persona natural se le exima de pena o se le imponga pena privativa de libertad con ejecución suspendida o se le reserve el fallo condenatorio. No es suficiente, sin embargo, que el hecho sea típico y antijurídico y no haya condena sobre la persona natural implicada, como señala Gálvez Villegas, pues ello, desde nuestra perspectiva, no habilitaría al juez para aplicar la consecuencia accesoria a la persona jurídica; además, tal flexibilidad del autor citado no resulta compatible con la propia definición que le otorga a esta clase de sanciones penales: “medidas administrativas vinculadas a la comisión de un delito” (cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. *El delito de lavado de activos*. 2ª. Edición. Ob. cit., p. 268 y la nota a pie de página 361).

En **un segundo momento** el órgano jurisdiccional debe definir la condición y la magnitud o intensidad de las consecuencias accesorias a imponer. Se trata en lo esencial de una valoración judicial sobre la antijuricidad de los actos desplegados por la persona jurídica y de los efectos que ellos han generado. En un nivel operativo esta etapa persigue, pues, identificar y valorar diferentes circunstancias referentes a la modalidad y oportunidad de la intervención de la persona jurídica en el delito, así como a las actividades y niveles concretos de su estructura organizacional que motivaron, sirvieron o favorecieron la producción o el ocultamiento del hecho punible. También corresponderá

que en esta segunda fase de la determinación de consecuencias accesorias, el juez realice una evaluación objetiva de la gravedad de los daños generados al bien jurídico y a terceros, así como de los actos espontáneos de resarcimiento que haya ejecutado el ente colectivo. Desde un enfoque preventivo resulta igualmente necesario emitir en esta fase un pronóstico de riesgos futuros de reincidencia. El Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la República N° 7-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, también aporta importantes recomendaciones para desplegar con acierto esta actividad. Entre ellas cabe destacar el listado de criterios, circunstancias e indicadores de determinación que contiene su Fundamento Jurídico 16° y que son los siguientes:

- a. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
- b. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
- c. La gravedad del hecho punible realizado.
- d. La extensión del daño o peligro causado.
- e. El beneficio económico obtenido con el delito.
- f. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
- g. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.
- h. La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

Este mismo listado de circunstancias e indicadores de determinación de consecuencias accesorias, viene siendo promovido por el proyecto de Ley Penal contra el Crimen Organizado presentado al Congreso de la República por el Poder Ejecutivo el 14 de diciembre de 2012 (proyecto de Ley N° 1833/2012.PE. Véase la Se-

gunda Disposición Complementaria Modificatoria).

Cabe señalar, además, que criterios y circunstancias similares han sido considerados por el nuevo artículo 66° bis del Código Penal español, a fin de que los jueces determinen y motiven adecuadamente las penas correspondientes a las personas jurídicas. No obstante, Zugaldía Espinar considera que las reglas al respecto resultan sumamente complejas por su exagerado casuismo:

“Resulta criticable que el art. 66 bis CP, que establece el sistema de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas se haya contagiado (o inspirado) del casuismo desahogado del correspondiente art. 66° CP (para personas físicas). El sistema de determinación de la pena previsto en el art. 66° bis CP es, en efecto, de una gran complejidad y persigue un trasnochado automatismo –tipo dosimetría penal– agravante de reincidencia incluida, que el razonable y –razonado– arbitrio judicial” (José Miguel Zugaldía Espinar. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: problemas generales. La cuestión en el derecho penal español*. Ob. cit., p. 12)

Estimamos que el modelo de determinación judicial de consecuencias accesorias que hemos descrito puede resultar, de momento, un adecuado complemento funcional a las restricciones del artículo 8°, posibilitando, además, que la aplicación de esta clase de sanciones penales adquiera mayor significado y utilidad en la praxis judicial contra el lavado de activos. Lo cual es en la coyuntura actual relevante, debido a la presencia, cada vez más frecuente y directa, de modalidades de criminalidad organizada que como el lavado de activos, el tráfico ilícito de drogas o la financiación del terrorismo, suelen recurrir a personas jurídicas, incluso a aquellas sin fines de lucro, para viabilizar sus complejas tipologías delictivas.

De otro lado, mantenemos la confianza de que en un futuro inmediato el Derecho penal nacional, al igual que el español, deje de transitar el

ambiguo espacio de las consecuencias accesorias e ingrese al ya irreversible escenario de la responsabilidad penal propia y de las penas directas para las personas jurídicas que delincan, sobre todo en el ámbito del lavado de activos. Sólidas razones de política criminal hacen ya imposter-gable esa trascendente decisión del legislador nacional. En ese contexto, pues, cabe resaltar una propuesta legislativa que al respecto ha planteado el Poder Judicial en el marco de sus estrategias para hacer frente a la criminalidad organizada, y en la cual se torna muy evidente la influencia de la reforma hispánica. Según el texto sustitutorio del artículo 105° que propone esta iniciativa legal:

“Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por la cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes y sus administradores de hecho o de derecho.

Las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de la persona física, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellas el debido control atendidas las concretas situaciones del caso....”

A nivel de la doctrina nacional, García Caverro estima también oportuno asumir tal opción legislativa, aunque, con tino, demanda una meditada evaluación de los criterios dogmáticos que la diseñen, cimenten y justifiquen:

”Para ello no basta con reconocer dicha posibilidad en el Código Penal o en una ley penal especial, sino que resulta necesaria una regulación detallada, que tenga claro en qué se sustenta la culpabilidad jurídico-penal de la persona jurídica y cuál sería el injusto penal que se le atribuiría. Si no se quiere volver a cometer el error que se hizo al incorporar las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas sin una regulación clara y operativa, el eventual reconocimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas deberá ser lo suficientemente claro sobre su fundamento, alcance y presupuestos” (Percy García Caverro. *¿Debe regularse una responsabilidad penal de las personas jurídicas?: Esbozo de un modelo de atribución*. Ob. cit., p. 425).

El Decreto Legislativo 1106 nos brinda, pues, una nueva oportunidad para orientar la legislación nacional hacia ese imprescindible e imposter-gable objetivo.

LAS FÓRMULAS CONSENSUADAS DE ANTICIPACIÓN PENAL

*Ricardo Alberto Brousset Salas**

Introducción

49

Nuestra reforma procesal penal se gesta dentro del contexto de la reforma procesal penal latinoamericana estructurada con base en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1970), que buscó uniformar las legislaciones procesales penales latinoamericanas, bajo un modelo institucional con bases comunes, sin perjuicio de las características particulares que cada legislación nacional pudiere adoptar, según reza de su propia exposición de motivos¹ se trata de “...una propuesta básica, pero concreta y operativa, de un conjunto de mecanismos aptos para solucionar los conflictos sociales de un modo pacífico y a través de las instituciones judiciales...”, que “...apunta a solucionar los más graves conflictos sociales, captados sin duda por el sistema penal”, se trató, que duda cabe, de una respuesta latinoamericana frente a requerimientos comunes de relegitimación, eficacia y modernización de las pautas de procesamiento penal.

Como hemos señalado nuestra reforma nacional, por razones que no es el caso detallar, fue particularmente accidentada; basta recordar que produjo cuatro códigos, el CPP de 1991 promulgado por ley, del cual están aún vigentes 22; los CPPs de 1995 y 1997, que luego de ser aprobados por el Congreso de la República fueran observados por el Poder Ejecutivo; y el

* Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y egresado del doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez Superior Titular de la Corte Superior de Lima. Profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Academia de la Magistratura.

1 Código Procesal Penal Modelo para Latinoamérica, Exposición de Motivos, I Introducción, punto 2 tercer acápite. Inserto como apéndice en Derecho *Procesal Penal Argentino* tomo 1-a. Pp. 291 a 453.

CPP del 2004, promulgado por Decreto Legislativo N° 957, vigente en los Distritos Judiciales de Huaura, La Libertad, Arequipa, Moquegua y Tacna. Fiel a la propuesta estructural de su referente, el CPP Modelo para Iberoamérica, el CPP del 2004 diseña un proceso penal común único, con tres etapas: **la primera**, de investigación preparatoria formalizada bajo la dirección del fiscal pero sujeta a un periférico control de regularidad por parte del juez de la investigación preparatoria, a quien el fiscal le requiere la expedición de las medidas asegurativas personales y reales, y la variación de su régimen, las que son resueltas al igual que la mayoría de las incidencias materia de su exclusivo pronunciamiento, previo mecanismo de audiencia que se erige en un ámbito contradictorio; **la segunda**, denominada etapa intermedia, bajo la dirección del juez de la investigación preparatoria, que constituye una fase intermedia repotenciada en su función de saneamiento del proceso, la que tiene como actuación central la audiencia preliminar, en la cual además de agotarse la posibilidad de cuestionar el proceso a través de medios de defensa, nulidades y otras articulaciones homólogas, se efectúa de oficio el control formal y sustancial de la acusación, el que permite su rechazo liminar definitivo (absolución anticipada) optándose para este efecto por el mecanismo de sobreseimiento impropio; así mismo se produce el ofrecimiento y admisión de pruebas para el juzgamiento, pudiendo además consensuarse convenciones probatorias y acuerdos reparatorios; y **la tercera**, de juzgamiento, constituida por un juicio oral dirigido por el juez penal, unipersonal o colegiado (del mismo nivel que el juez de la investigación preparatoria).

Los ejes principales sobre los que gira el modelo de nuestra reforma procesal penal son: la distribución de funciones diferenciadas y exclusivas dentro del proceso, con sujeción a las

exigencias constitucionales; la igualdad de armas como expresión del derecho de igualdad entre las partes; el contradictorio que atraviesa todas las etapas del proceso, la que aunada a la garantía amplia del derecho de defensa le dan una connotación adversarial al modelo; la excepcionalidad de la prisión preventiva y la limitación temporal de las demás medidas asegurativas personales, como expresión material de la presunción de inocencia; y la incorporación de fórmulas simplificatorias basadas en el consenso que permiten la definición anticipada del proceso penal.

Con respecto a la caracterización o rotulación del modelo, se maneja por un sector importante de los procesalistas nacionales, el criterio de adscribirlo al sistema acusatorio, cuando no a considerarlo como un modelo acusatorio, adicionándole rótulos como garantista, formal, democrático y adversarial. Con el profundo respeto, admiración y estima personal que me merecen los insignes profesores que sostienen tal posición, me permito disentir de tales criterios, pues considero que no se puede desconocer, ni relativizar la existencia del sistema mixto como uno autónomo y distinto del acusatorio e inquisitivo aurales, sobre la base de los que se estructuró en Francia (1808) al influjo de los postulados de la Revolución Francesa. Ello no es óbice para reconocer que, en los modelos mixtos tradicionales (entre ellos el del Código de Procedimientos Penales de 1940) hasta mediados del siglo anterior presentaban una preponderancia de las prácticas inquisitivas, lo que gradualmente se fue atenuando con las reformas introducidas; y que el modelo del CPP del 2004 presenta una marcada preponderancia acusatoria, lo que no lo torna exento de características como “la persecución penal pública” y “la búsqueda de la verdad histórica” que aun cuando relativizadas, a decir del profesor Julio B. J. Maier, constituyen dos de las máximas fundamentales del inquisitivo². Entonces debemos colegir que nuestra reforma procesal

propone un modelo con preponderancia acusatoria y de corte adversarial (entiéndase dentro del sistema mixto, un modelo acusatorio adversarial), que responde a las exigencias de nuestro programa constitucional y de las normas supranacionales para el procesamiento penal en un Estado democrático de derecho; así como a la compleja tarea de “lograr un equilibrio entre las garantías del individuo y la eficacia en la persecución del delito”³.

Pero es el caso que, en América Latina, el creciente número de conflictos penales registrados rebasa la posibilidad de respuesta de nuestros sistemas de justicia penal; las nuevas manifestaciones de criminalidad altamente aflictiva, en especial la que se perpetra por medio de organizaciones delictivas y a través de una compleja operatividad, motivan procesos de duración dilatada por la mayor demanda de atención efectiva; ello aunado a las limitaciones logísticas y de personal, así como la sobrecarga procesal y la sobrepoblación carcelaria heredadas; torna materialmente imposible que todas las causas que ingresan al sistema penal, puedan ser objeto de procesos comunes lineales⁴. Estudios serios realizados en Chile, han permitido establecer que el sistema de justicia de dicho país solo está en capacidad de tramitar mediante procesos lineales, en condiciones regulares que garanticen su eficiencia, aproximadamente el 15% de las causas que ingresan. Estimados al respecto en nuestro país, indicarían que dicho porcentaje no superaría el 20% de las causas ingresadas al sistema penal. Ante tal realidad cobran vital importancia, **a nivel de investigación preliminar**, el perfeccionamiento de mecanismos de depuración de denuncias (el rechazo liminar de las que carecen de real contenido penal, promover la conciliación a través de la

concreción de acuerdos reparatorios, y la aplicación de criterios de oportunidad); y **dentro del desarrollo del proceso penal propiamente dicho**, las fórmulas de simplificación que a partir del consenso posibilitan una definición anticipada del proceso.

UNA APRECIACIÓN CONCEPTUAL Y COMPARATISTA DE LAS FÓRMULAS CONSENSUADAS DE ANTICIPACIÓN PENAL

Sea que se trate de institutos procesales insertables o insertados en el proceso común⁵, o de procesos especiales alternativos a este⁶, las fórmulas de simplificación procesal, y específicamente entre ellas, las fórmulas consensuadas de anticipación penal, concebidas modernamente, no son otra cosa que mecanismos basados en criterios de especialidad, necesidad y razonabilidad, que propenden a la eficacia y celeridad del procesamiento penal, dentro del marco de un debido proceso que, sin vulnerar los derechos procesales del imputado, se orienta a la búsqueda de una solución consensuada, donde, las partes legitimadas (entiéndase el fiscal, el procesado y su abogado defensor) convengan dentro de ciertos límites, no solo la extensión de la pena a imponerse, sino eventualmente también, los términos fácticos y jurídico penales de la condena.

Queda claro que, su finalidad material es abreviar los tiempos del proceso, mediante formas de definición anticipada con base en el consenso, al que se llega a través de la aplicación de mecanismos procesales predeterminados; y su objetivo político criminal es la racionalización de las causas a tramitarse mediante

3 PABLO TALAVERA ELGUERA, *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*; Editora Jurídica Grijley; Lima, 2004, pp. 7-8.

4 Entiéndase procesos penales tipo en los cuales se cumplan todas las etapas del proceso común, así como el trámite impugnatorio.

5 Como la “confesión sincera” o la “conformidad” insertada en nuestro ordenamiento procesal penal por el art. 5° de la Ley 28122, bajo la denominación de “conclusión anticipada del juzgamiento”.

6 Como el proceso de terminación anticipada, el proceso inmediato o el proceso por colaboración eficaz.

procesos comunes de extensión lineal. Lo antes glosado nos permite inferir inequívocamente que la inserción de estos mecanismos simplificadorios, en nuestro ordenamiento procesal penal, surge como respuesta a las prácticas procesales burocrático-rituales, inherentes a la tradición procesal europeo continental, que aunadas a la expansión del derecho penal sustantivo, generan la saturación de la carga procesal y altos niveles de población carcelaria en condición de procesados sin condena e ineficacia que se traduce en amplios márgenes de impunidad (aunque esto parezca contradictorio con lo antes señalado). Respuesta político criminal que evidencia el decaimiento del principio de legalidad procesal, por apartamiento gradual, dada la inoperancia de su rigidez y supeditación a limitantes criterios moralistas, frente a los requerimientos de versatilidad que impone el procesamiento penal en los tiempos actuales.

52

Un inventario comparativo con relación a la incorporación de mecanismos simplificadorios del procesamiento penal basados en el consenso (sea pleno o por adhesión), efectuado tomando como referentes de comparación el Código Procesal Penal modelo para iberoamérica, los códigos procesales penales (reformados) del Perú, Chile, Bolivia, Ecuador, Costa Rica; y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España; nos informa que:

El CPP modelo para iberoamérica (art. 371°) preveía como único mecanismo el “procedimiento abreviado” activable en la etapa intermedia del proceso, solo en el caso que la pena solicitada por el fiscal no superare los dos años de privación de libertad.

El CPP del Perú desarrolla dos fórmulas: una de conformidad (art. 372-2°), bajo la denominación de “conclusión anticipada del juicio” como mecanismo insertado al proceso común; y otra como proceso especial (art. 468°), denominado proceso de terminación anticipada, ambos de aplicación general sin límites en la punición requerida por el fiscal.

Por su parte los CPP de Chile (art. 406°) y de Ecuador (art. 369°), incluyen como única fórmula a modo de procedimiento especial, el “procedimiento abreviado”; en el modelo chileno puede solicitarse concluida la investigación formalizada o en la audiencia preparatoria del juicio (conformidad), procediendo solo en aquellos casos que el requerimiento de pena del fiscal no supere los cinco años de pena privativa de libertad; mientras en el modelo ecuatoriano puede solicitarse hasta el momento de la clausura del juicio, procediendo solo si el delito materia del proceso tiene conminada una pena privativa de libertad cuyo máximo no supera los cinco años.

Los CPP de Bolivia (art. 373°) y Costa Rica (art. 373°) también consideran como única fórmula consensuada el “procedimiento abreviado”, el que se puede activar concluida la investigación ante el juez de instrucción, en el modelo boliviano; y hasta antes de la apertura del juicio, en el modelo costarricense; no estableciendo ninguno de los dos códigos límites en los términos de la punición, acordándole una aplicación general.

Por último, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (arts. 655° y 688°) implementa como único mecanismo simplificadorio consensuado insertado al proceso común, “la conformidad”, que puede activarse en dos momentos, el primero durante la fase intermedia, luego de conocidos los términos de la acusación; y el segundo, durante la instalación del juicio; procede solo si el requerimiento de pena es de carácter correccional, esto es si la pena solicitada por las partes acusadoras no excede de seis años. También procede su aplicación en la tramitación de procedimientos abreviados.

DEL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

De las fórmulas consensuadas de anticipación penal, incorporadas a nuestra legislación procesal penal, es el proceso de terminación anticipada el de mayor intensidad tanto en

términos reductores de la duración del procesamiento, como en el ámbito de su temática sometida al acuerdo entre el fiscal, el imputado y su defensor.

Estamos hablando de un proceso especial que para su instauración requiere de la previa formalización de un proceso común, constituyendo una variación *ex post* del trámite procedimental durante el desarrollo de la investigación preparatoria formalizada⁷, que cobra autonomía definitoria, sustentada en el principio de consenso y en la necesidad político criminal de eficacia a través de una resolución judicial rápida al conflicto penal; fórmula simplificada que permite la conclusión consensuada del proceso penal mediando el respeto del principio de legalidad, consenso conclusivo que es producto de una negociación entre el fiscal y la defensa, basada en recíprocas concesiones y que se ve auspiciada por las consecuencias premiales que la ley le acuerda, como son la aplicación del beneficio de reducción de pena por confesión sincera; y de modo adicional acumulativo a la aplicación del beneficio de reducción de pena en una sexta parte por el solo hecho de acogerse a la terminación anticipada.

En cuanto a la calificación superlativa de su intensidad, ella se explica: en términos del ámbito sometido al consenso, por comprenderse dentro de este, el aspecto fáctico de la incriminación –las circunstancias del hecho punible–, y las consecuencias jurídico penales del delito –pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer–⁸, resultando que en la práctica, como efecto posible de la construcción consensuada de los términos fácticos, a través del “acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible”⁹, la negociación también podría comprender la calificación jurídico penal de la incriminación, ingresando de ese modo a to-

dos los ámbitos materia de decisión penal; y en términos de reducción de los tiempos del procesamiento, al darse en la etapa investigatoria del proceso, la terminación anticipada permite obviar las restantes etapas procesales, así como las actuaciones impugnatorias, constituyéndose en la fórmula procesal con mayor potencial simplificadorio de nuestro ordenamiento procesal penal.

Pero la terminación anticipada no es totalmente nueva en nuestro acervo procesal penal, la encontramos presente bajo la denominación de “terminación anticipada del proceso” desde 1994, como un mecanismo a aplicarse exclusivamente en procesos por tráfico ilícito de drogas (de la Ley N° 26320 del 30 de mayo de 1994); y luego bajo la denominación de “conclusión anticipada del proceso”, aplicable en procesos por delitos aduaneros (del art. 20° de la Ley de los delitos aduaneros - Ley N° 28008) desde el 18 de junio 2003. En la actualidad, por disposición de la Ley N° 28671, vigente a partir del 1 de febrero del 2006, las normas relativas al proceso de terminación anticipada, contenidas en el Código Procesal Penal del 2004, se encuentran vigentes a nivel nacional.

Cabe anotar que a diferencia del actual “proceso de terminación anticipada”, sus antecedentes nacionales tenían un ámbito de aplicación restringido solo a los delitos precisados; y no posibilitaban una cabal negociación entre el fiscal y el imputado, pues se sustentaban en un consenso por adhesión, que solo permitía al imputado avenirse a la propuesta fiscal; siendo de precisar que, adicionalmente, en el caso de la “conclusión anticipada del proceso” para delitos aduaneros, la aprobación del acuerdo estaba supeditada “al pago de una suma equivalente al doble del valor de las mercancías materia del delito, más los tributos dejados de pagar y los

7 Encontrándose en vigencia a nivel nacional, entiéndase que en los distritos judiciales donde aún no rige el nCPP su ámbito de aplicación es la instrucción.

8 Art. 468° inc. 5 del nCPP.

9 Art. 468° inc. 5 del nCPP.

derechos *antidumping* o compensatorios, sin perjuicio del comiso de las mercancías e instrumentos materia del delito¹⁰.

Auscultando las fuentes de la institución en comento, debemos reconocer como precursora al *plea bargaining* del sistema anglosajón; y como fuentes inmediatas a la terminación anticipada colombiana en su versión modificada mediante la Ley N° 81 de 1993, a la conformidad española y al *pateggiamento* italiano en su variante del Codice di Procedura Penale de 1989.

Con respecto a sus aspectos procedimentales, su ámbito de aplicación es general, pues resulta aplicable en los procesos por todo tipo de delito; debiendo precisarse que en el caso de procesos con pluralidad de hechos punibles y/o de imputados, se requiere el acuerdo de todos los imputados y por todos los cargos, procediendo a aprobarse acuerdos parciales (esto es, de alguno de los imputados), solo si el des-acuerdo de los demás se refiere a otros delitos conexos en relación con otros imputados; y si tal aprobación no perjudica la investigación o si la acumulación resulta indispensable.

De otro lado, cabe resaltar que si bien, tanto el fiscal como el imputado pueden motivarlo independientemente, su prosecución requiere de la no oposición del fiscal o el imputado; pudiendo intentarse por una sola vez. En cuanto a la participación que corresponde a las partes durante su tramitación, tenemos que el fiscal y el imputado están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales (en búsqueda del consenso); por su parte el juez está obligado durante la audiencia a explicar al imputado los alcances y consecuencias del acuerdo; y a propiciar el consenso, instando a las partes a que lleguen a un acuerdo.

En lo que respecta a la participación de la parte civil y el tercero civilmente responsable, esta es facultativa, existiendo la obligación

de poner en su conocimiento la instauración del procedimiento de terminación anticipada, pudiendo estos pronunciarse respecto a su procedencia y, del ser caso, formular sus pretensiones.

Tratándose de un proceso sustentado en el principio de consenso, corresponde al juez el control de regularidad y razonabilidad del acuerdo (razonabilidad de los cargos, tipicidad del hecho, legalidad y proporcionalidad de la pena), el que tiene un carácter externo o periférico; por lo que solo le permite desaprobado el acuerdo, en los siguientes casos: a) que no se cuente con elementos que doten de razonabilidad a los cargos; b) de haberse acordado una pena absolutamente desproporcionada e irrazonablemente fuera de los términos de la conminación legal; y c) que se favorezca irregularmente al procesado con una calificación penal que no corresponde a los hechos. Considero que eventualmente el juez puede rechazar el acuerdo y declarar fenecido el proceso, de darse los presupuestos fundantes de las excepciones típicas; o reconducir la calificación típica de los hechos, siempre que esto no genere un perjuicio al procesado, en el caso de error manifiesto en la calificación jurídico penal propuesta en el acuerdo. Quede claro que el juez no está facultado para dictar condena excediendo los términos del acuerdo.

Como en todo proceso de negociación, cabe la posibilidad de que este no concluya en un acuerdo; ante esta situación o en el supuesto que el acuerdo sea objeto de desaprobación judicial, la aceptación de cargos por parte del imputado se tiene como inexistente, no pudiendo ser utilizada en su contra dentro del proceso originario; de igual manera, debe entenderse que los términos de la propuesta fiscal o del acuerdo fallido, carecen de efecto vinculante para el Ministerio Público por alcanzarles la mismo ratio de inexistencia.

10 Art. 20° inc. D y E de la Ley N° 28008.

Evaluando los efectos adicionales del proceso de terminación anticipada en particular, tenemos que estos inciden tanto en favor del sistema de justicia penal como del procesado, sin que esto constituya una lista cerrada; son de precisarse **como efectos en favor del sistema de justicia:** a) la economía procesal en términos de ahorro de las etapas intermedia y de juzgamiento, así como de las actuaciones impugnatorias; b) la reducción de los costos del proceso; c) La reducción de la carga procesal que posibilita la racionalización de los recursos, mediante su aplicación a procesos de mayor complejidad que los requieran; y d) la reducción de los índices de impunidad generados por los sobreseimientos y absoluciones motivadas en la improbanza o la duda; **y como efectos en favor del imputado:** a) que, permite la obtención de una pena rebajada como consecuencia de los beneficios premiales acumulados; b) que, evita los efectos estigmatizadores del juzgamiento público; c) que, facilita la adopción de una positiva actitud readaptativa por el condenado, favoreciendo su reinserción social; y d) que, eventualmente evita los efectos negativos de la prisionización al posibilitar (en los casos que la ley lo permite) acuerdos respecto a la suspensión de la ejecución de la pena.

DE LAS CONDICIONES DE VIABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS FÓRMULAS CONSENSUADAS DE ANTICIPACIÓN PENAL

En armonía con lo glosado precedentemente, me permito proponer determinadas condiciones que considero darían viabilidad constitucional a las fórmulas simplificadorias del procesamiento penal tratadas en el presente trabajo.

En primer término, el acogimiento del imputado a las fórmulas de simplificación procesal, trátese de procesos especiales simplificados propiamente dichos o de procedimientos de simplificación aplicables en el decurso del proceso común, debe darse de modo enteramente voluntario e informado, mediando necesariamente el asentimiento de la defensa, que opera

como mecanismo de seguridad para efectos de garantizar tal voluntariedad informada.

En cuanto a los términos de referencia para el acogimiento, avenimiento o conformidad del imputado, estos deben ser claros y en su caso marcar el límite máximo de la posibilidad punitiva; resultando vedadas las emboscadas procesales posibilitadoras de una mayor punición del acogido.

En aquellas fórmulas simplificadorias, que a partir de la conformidad del imputado posibilitan su condena anticipada, debe ejercitarse un efectivo e ineludible control judicial de regularidad, que debe incidir necesariamente en: la razonabilidad (entiéndase probabilidad o sustentabilidad material) de los cargos aceptados, ello a partir de los elementos aportados a la investigación; la legalidad penal del título de incriminación; y la voluntariedad informada del acogimiento. Debiendo adicionalmente habilitarse el ejercicio jurisdiccional de un control pro reo, que excepcionalmente posibilite la absolución anticipada del acusado frente a la evidencia de causas eximentes de responsabilidad penal o de la manifiesta concurrencia de supuestos que funden excepciones típicas. Este ámbito de control jurisdiccional de regularidad, permitiría garantizar se satisfagan las exigencias mínimas del debido proceso; sin desnaturalizar el carácter consensuado y la finalidad simplificatoria de las fórmulas anticipativas de la resolución del proceso penal.

Es de resaltar que el principio de consenso pleno que posibilita la negociación entre fiscal e imputado, respecto de los términos y condiciones de la punición; así como la asociación de mecanismos premiales que garanticen de modo efectivo al imputado acogido la obtención de determinados beneficios que incidan de algún modo en la atenuación de la pena, se constituyen como los más eficaces elementos de validación constitucional y social de estas instituciones; por lo que debe propenderse al abandono de aquellas fórmulas que se sustentan únicamente en la adhesión unilateral del imputado.

DE LAS CONSECUENCIAS DE LAS FÓRMULAS CONSENSUADAS DE ANTICIPACIÓN PENAL

En cuanto respecta a las consecuencias más saltantes de la adopción de las fórmulas consensuadas de anticipación penal, tenemos:

Que, se acuerda al fiscal un poder dispositivo sobre el contenido esencial del proceso¹¹, facultándolo a efectuar concesiones en aras de consensuar los términos de la pena con el imputado y su defensa. Al respecto, cabe señalar que los mecanismos de consenso vienen siendo criticados por un sector de la doctrina, bajo la sindicación de que estos han sido objeto de apropiación oficial, produciendo de este modo la consolidación de prácticas neoinquisitivas; postura que no compartimos, por considerar que contrariamente al sustento de tal posición crítica, las fórmulas simplificadoras basadas en el consenso, más allá de la reducción de los plazos del proceso, permiten a través de sus mecanismos inclusivos una efectiva democratización de la decisión penal.

Que, se otorga al abogado defensor un rol de garante procesal de la voluntariedad informada del imputado, para la disposición de sus derechos a la presunción de inocencia, a la no incriminación y a la contradicción de los cargos.

Que, se acuerda al juez la función de propiciar (en sede de audiencia especial) el acuerdo entre el fiscal, el imputado y su defensa; ello en los procesos de terminación anticipada, así como en la fórmula de conformidad consensuada.

Que, se limita la discrecionalidad del juez frente a los acuerdos consensuados, al ámbito de un control de la regularidad de estos, de tal manera que solo tiene la alternativa de apro-

bar o desaprobado el acuerdo y excepcionalmente apartarse del acuerdo para disminuir la pena acordada o absolver al imputado, bajo reglas predeterminadas. No encontrándose facultado para exceder los términos punitivos del acuerdo.

Que, se rompe el paradigma de la determinación exclusivamente judicial de la pena; pues el *quantum* de la pena es acordada entre el fiscal, el imputado y su defensa (entiéndase dentro de un marco de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad), limitándose el juez a efectuar un control externo o periférico respecto de su regularidad. Por lo que se traslada al fiscal la obligación de sustentar dentro de los cánones exigidos para su determinación legal, tanto su propuesta inicial de pena, como la que se determine como consecuencia del acuerdo celebrado con el imputado, ello en términos de proporcionalidad y razonabilidad; de tal manera que se facilite el control judicial de esta.

En cuanto a su impacto social, más allá de la reducción de los tiempos del proceso y la racionalización de la carga procesal, las fórmulas consensuadas de definición anticipada del proceso penal permiten a través de sus mecanismos inclusivos: por un lado, mejores condiciones para la resocialización del sentenciado, pues su participación en la construcción consensuada de su condena, partiendo de su reconocimiento voluntario de culpabilidad, es favorable para la generación de una predisposición psicológica a su reinserción social¹²; y, de otro lado, una mejor respuesta del sistema de justicia penal en el control de la criminalidad, en la medida que eleva los niveles de eficiencia al posibilitar resolver con prontitud un mayor número de casos de mínima y mediana complejidad, y aplicar mayores recursos al

11 A despecho de lo sostenido por VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, en el *Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba*, 1968, p. 51; citado por CAFERATA NORES, JOSÉ I. en "Cuestiones actuales sobre el proceso penal" 2da. Edición, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires 1998, *El juicio penal abreviado*, p. 140.

12 En esa misma línea se pronuncian los profesores CARLOS PARMA y DAVID MANGIAFICO "Procedimientos abreviados. Análisis desde la perspectiva de los principios generales" en *El nuevo proceso penal, Estudios fundamentales*; Víctor Cubas Villanueva y otros (coordinadores); Palestra Editores; Lima, 2005; p. 210.

procesamiento lineal de las causas complejas, lo que en ambos casos abona en la reducción de los niveles de impunidad generada dentro del sistema.

A modo de conclusión

En primer término, debemos aceptar que la adopción de fórmulas consensuadas que permiten la anticipación de la condena penal, surge como la principal opción político criminal frente a la imposibilidad material de tramitar bajo las pautas de un proceso común completo o lineal, la totalidad de los casos penales que ingresan al sistema de justicia penal; generadora de una insoportable sobrecarga tanto en el ámbito judicial como penitenciario. El principal reto que enfrenta dicha opción político criminal es el dotar de viabilidad constitucional a las fórmulas simplificadas alternativas –muy en especial a las consensuadas de anticipación penal–, lo que implica hacer que su diseño reúna las condiciones mínimas de un debido proceso, respetando en lo sustancial las garantías fundamentales del procesamiento penal; sustituyendo creativamente los mecanismos¹³ legitimadores del juicio oral y el rigor de la prueba, por el consenso negociado sometido a control judicial.

Pero la validación de las fórmulas consensuadas de anticipación penal –que permiten la condena anticipada del imputado¹⁴–, además de lo antes precisado, requiere: a) que, el acogimiento del imputado se produzca de modo libre, voluntario e informado, mediando necesariamente el acompañamiento (entiéndase asentimiento o conformidad) de su defensa técnica, que opera como mecanismo de garantía validante del proceso; b) que, los términos de referencia para el acogimiento y conformidad del imputado, deben ser claros y marcar el lí-

mite máximo de la posibilidad punitiva; puesto que en caso de posibilitarse que la punición exceda la del término de referencia (propuesta fiscal o acuerdo), se estaría promoviendo nulificantes emboscadas procesales contra el acogido; c) que, el control judicial de regularidad debe incidir en los ámbitos: de la voluntariedad informada del acogimiento; de la razonabilidad de los cargos en términos de su sustentabilidad material –a partir de la evaluación de los elementos aportados por la investigación–; y de la legalidad del título de incriminación penal y de la pena, quedando habilitado el ejercicio jurisdiccional de un control pro reo, que excepcionalmente posibilite la reducción de la pena acordada o la absolución del imputado, solo cuando resulte manifiesta la concurrencia de causas de atenuación (no previstas al formularse el acuerdo), de causas de eximencia penal, o de presupuestos que conlleven la extinción de la acción penal ejercitada o el fenecimiento del proceso.

Desde otra perspectiva, podemos anotar que los mecanismos de simplificación consensuada que posibilitan la definición anticipada del proceso penal, por un lado requieren del juez una actitud propiciadora de acuerdos negociados; y, de otro lado, limitan su discrecionalidad frente a tales acuerdos, circunscribiéndola al ámbito externo del control de su regularidad, de tal manera que solo tiene la alternativa de aprobar o desaprobar el acuerdo; y muy excepcionalmente apartarse del acuerdo para disminuir la pena acordada o absolver al imputado bajo reglas predeterminadas. Ello implica que se traslada al fiscal la obligación de fundamentar (dentro de los cánones exigidos para su graduación judicial) la pena a que se arribe como consecuencia del acuerdo con el imputado, requiriéndose que en primer término se determine la pena concreta, para luego

13 Entiéndase principios o ideas fuerza.

14 Entiéndase en nuestro nuevo modelo procesal penal, el proceso de terminación anticipada y la conformidad o conclusión anticipada del juicio.

precisarse las atenuantes específicas y beneficios procesales que determinan su reducción hasta llegar a la pena acordada, de tal manera que se posibilite el adecuado control judicial de su regularidad.

Bibliografía

- ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona 1995, Editorial Bosch.
- BARONA VILAR, Silvia. *La conformidad en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1994.
- BROUSSET SALAS, Ricardo A. / BROUSSET MENDOZA, Ricardo A. “La búsqueda de fórmulas para la simplificación del procesamiento penal”, en: *Revista de Investigación Jurídica Docentia et Investigatio* de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. 9 N° 1, Lima, Setiembre del 2007, *Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima*, Año 5, N° 6, Lima, 2007.
- BROUSSET SALAS, Ricardo A. / BERNAL LOAYZA, Janet L. “La aplicación del beneficio procesal de reducción de pena por confesión sincera en los procesos por delito de terrorismo”, en: *Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima*, Año 3, N° 4, Lima, Agosto del 2005; *Revista de Investigación Jurídica Docentia et Investigatio* de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 7, N° 1, Lima, Noviembre del 2005; y *Libro Homenaje al Profesor Raul Peña Cabrera*, Tomo II, Ara Editores, Lima 2006.
- BUTRÓN BALIÑA, Pedro M. *La conformidad del acusado en el proceso penal*. Edit. Mc. Graw - Hill, Madrid, 1998.
- CAFERATA NORES, José. “El juicio penal abreviado” en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*; 2da. Edición, Editores del Puerto SRL. Buenos Aires, 1998.
- CALDERÓN CALAVID, Leonel. *Suspensión y terminación del proceso penal*, 1ra. Edición, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín - Colombia, 1996.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Los Principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Madrid, 1992.
- DAMIÁN MORENO, Juan. “¿Un derecho procesal de enemigos?”, en *Derecho penal del enemigo*, Tomo I, Edisofer S.L., Euros Editores SRL. y B. de F. Ltda., Buenos Aires, 2006.
- DUCE J. Mauricio - RIEGO R. Cristian. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Vol. I, 1ra. Edición, Universidad Diego Portales, Chile, 2002.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, 2da. Edición, Editorial Colex, Madrid, 1997.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La prueba en el proceso penal*, 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra - España, 1996.
- SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*, Editorial Grijley, Lima, 1999.
- . *La conformidad o conclusión anticipada del debate oral (Análisis jurisprudencial)*, Lima, 2006.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 2004.
- VERGE GRAU, Joan. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Editorial Bosch, Barcelona 1994.

EL SISTEMA DE JUSTICIA MILITAR NORTEAMERICANO Y SU EVOLUCIÓN

El intrincado y necesario balance entre la equidad y la disciplina

*Teniente Coronel Luis O. Rodríguez**

El sistema de justicia militar norteamericano de la actualidad está estructurado para poner en equilibrio el requerimiento que tienen los comandantes de mantener la disciplina con la necesidad de que los procedimientos disciplinarios sean equitativos, justos y transparentes durante tiempos de paz o de guerra. En el momento de la revolución norteamericana, este sistema de justicia era, en el mejor de los casos, un listado de delitos y de varios duros castigos que podían ser impuestos a las tropas por los comandantes a su discreción. Sin embargo, a lo largo del tiempo este sistema evolucionó hasta convertirse en uno en el que un acusado tiene derecho a un juicio, representación por un abogado defensor sin costo alguno, y plena revisión del proceso en apelación. Tal evolución fue generalmente lenta durante tiempos de paz y muy rápida durante e inmediatamente luego de que la nación estuviese envuelta en un conflicto militar considerable. Sin embargo, un aspecto de la justicia militar norteamericana ha seguido siendo constante a través de la historia: los comandantes están encargados de mantener la disciplina militar y dependen del sistema de justicia militar para reafirmar su autoridad sobre los subordinados y así cumplir la misión¹.

59

* Asesor jurídico militar, Ejército EE.UU. Ahora asignado como profesor y catedrático del Departamento de Derecho Administrativo y Civil del Centro y Escuela Legal del Auditor General del Ejército de los Estados Unidos, Charlottesville, Virginia. Los puntos de vista del autor aquí expresados no reflejan necesariamente aquellos del Departamento del Ejército, el Departamento de Defensa, o los del Gobierno de los Estados Unidos. El autor agradece a la Mayor Keirsten Kennedy, al Mayor Casey Thomas y al Sr. Chuck Strong por sus valiosos aportes editoriales y sustantivos a este artículo.

¹ Ver VICTOR HANSEN, *Changes in Modern Military Codes and the Role of the Military Commander: What Should the United States Learn from this Revolution*, 16 TUL. J. INT'L & COMP. L. 419, 423 (2008); DONALD N. ZILLMAN, *What Military Law Can Teach Us: A United States Perspective*, 42 Univ. of New Brunswick L.J. 229, 230 (1993).

Hoy, en un momento en que Estados Unidos ha estado en guerra por más de una década, el sistema de justicia militar norteamericano nuevamente cae bajo escrutinio de la prensa y del Congreso. Recientes y prominentes casos militares de hostigamiento sexual han llevado al sistema de justicia militar norteamericano a ser considerado para revisión y estudio congresional en medio de acusaciones de que el sistema no quiere o no puede manejar apropiadamente este complejo tipo de casos². Algunos de los cambios propuestos hacen un llamado para la eliminación por completo del rol que aún desempeñan los comandantes en la justicia militar norteamericana, entregando los casos a terceros “imparciales” como fiscales civiles o militares para su debida disposición.³

Este artículo explica cómo la necesidad de mantener la disciplina es la mayor distinción entre los sistemas militares de justicia y los sistemas civiles de justicia, y explica por qué los comandantes deben permanecer en el centro del sistema de justicia militar norteamericano siempre y cuando continúen siendo singularmente responsables de imponer la disciplina en sus unidades. El artículo describe la evolución del sistema de justicia militar norteamericano, llegando a convertirse en uno que trata de equilibrar el requerimiento de mantener la disciplina con la necesidad de mantener equi-

dad en los procesos disciplinarios. Por último, el artículo provee una breve reseña de las varias medidas disciplinarias a la disposición de los comandantes norteamericanos, concluyendo con una descripción de un juicio en corte marcial.

EQUIDAD Y DISCIPLINA

Por varias décadas ya muchas naciones, tanto por su cuenta o instigadas por organizaciones internacionales, han estado realizando esfuerzos para modificar o hasta reemplazar por completo sus sistemas de justicia penal⁴. Las razones para hacer proyectos de reforma legal a menudo parten del deseo de proveer transparencia, equidad y previsibilidad en códigos penales sustantivos y procesales, y también son resultado de un esfuerzo de ciertas naciones por cumplir con sus obligaciones en tratados internacionales sobre derechos humanos⁵. La reforma de sistemas de justicia puede ser considerada inevitable y hasta deseable en tiempos modernos. Así como lo indicó el ex auditor general de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, “[n]ingún sistema legal puede permanecer estático; cada uno de ellos debe cambiar para reflejar las necesidades y demandas de la sociedad o arriesgarse a convertirse en una reliquia anacrónica de una sociedad muerta o moribunda.”⁶

- 2 Ver, e.g., CHARLES G. KELS, *Congress Targets Military Justice*, WALL ST. J., Mayo 14, 2013, at 15; JENNIFER STEINHAUSER, *Complex Fight in Senate Over Curbing Military Sex Assaults*, N.Y. TIMES, Junio 15, 2013, at 13; CRAIG WHITLOCK & JON COHEN, *Split on How to Address Military Sex Assaults*, WASH. POST, June 13, 2013, at 4.
- 3 DARREN SAMUELSON & ANNA PALMER, *Kirsten Gillibrand and Military Assault: 5 Things to Watch*, POLITICO, June 13, 2013, <<http://www.politico.com/story/2013/06/kirsten-gillibrand-military-sexual-assault-92749.html>> [última visita, junio 25, 2013].
- 4 STEPHEN J. TOOPE, *Legal and Judicial Reform through Development Assistance: Some Lessons*, 48 MCGILL L.J. 357, 359-74 (2003).
- 5 Ver, e.g., ALLEN BUCHANAN, *From Nuremberg to Kosovo: The Morality of Illegal International Reform*, 111 ETHICS 673-05 (July 2001) (proponiendo que el derecho internacional de los derechos humanos impone mucha reforma legal ilegalmente); ALIN SKAAR, INGRID SAMSET & SIRI GLOPPEN, *Aid to Judicial Reform: Norwegian and International Experiences* (Chr. Michelson Inst., Development Studies and Human Rights) 1-8 (2004) (explicando esfuerzos de reforma judicial de la comunidad de donantes internacionales y en particular Noruega); PREM WORLD BANK, EMPOWERMENT AND POVERTY REDUCTION: A SOURCEBOOK ch. 5, subch. 14 (Mayo 2002), <<http://siteresources.worldbank.org/INTEMPowerment/Resources/486312-1095094954594/draft.pdf>> [visitado en Junio 27, 2013] (detallando esfuerzos y proyectos de reforma legal y judicial financiados por el Banco Mundial).
- 6 Major General WILLIAM A. MOORMAN, *Fifty Years of Military Justice: Does the Uniform Code of Military Justice Need to be Changed*, 48 A.F.L.REV. 185, 186 (2000).

Las mismas razones para reformar sistemas de justicia alrededor del mundo son aplicables a aquellos que desean hacer reformas a los sistemas de justicia militar. Al igual que los sistemas de justicia penal civiles, los sistemas de justicia militar deben ser transparentes, equitativos y previsibles. La misma necesidad que tiene la justicia ordinaria por proveer justicia y equidad de una forma transparente a un acusado o a sus alegadas víctimas existe en un sistema de justicia militar saludable. El mismo intrínseco principio de disuación que tiene todo sistema de justicia penal civil para proteger al público en general es igualmente relevante en un sistema de justicia militar efectivo.

Sin embargo, su absoluta efectividad en mantener la disciplina de una organización militar es lo que verdaderamente distingue a los sistemas de justicia militar de los sistemas de justicia civiles. “En su sentido más elemental, la profesión de las armas es todo sobre batallas y guerras”⁷, y los militares son una institución especial que maneja la violencia de parte del Estado, logrando las metas del Estado y asegurando su supervivencia a través del uso de la violencia. La necesidad de las fuerzas militares de mantener la disciplina de su personal es algo primordial en poder asegurar que la capacidad de violencia de tales fuerzas sea manejada apropiadamente; de hecho, si una unidad militar no es disciplinada, las consecuencias pueden ser verdaderamente catastróficas. Por ejemplo, un número de civiles quienes no estén disuadidos por el sistema penal de una nación puede ser un asunto algo preocupante para el orden público, pero el tener tropas de combate, indisciplinadas pero bien armadas, quebrantando la ley sea en suelo patrio o en el extranjero, es algo quizás fa-

tal para una nación. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha dicho que “[p]ara prepararse y funcionar en su rol tan vital, las fuerzas militares tienen que insistir en un respeto por el deber y la disciplina sin equivalente en la vida civil”⁸. Tal respeto por el deber y la disciplina debe ser mantenido vigente mediante un sistema de justicia que óptimamente provee resoluciones transparentes, equitativas y previsibles. Sin embargo, la equidad es solo parte de la ecuación; un sistema de justicia militar fiable tiene que ser absolutamente efectivo en lograr mantener y garantizar la disciplina en las formaciones militares⁹. Por lo tanto, los que examinan y consideran reformar sistemas de justicia militar deben esmerarse en obtener un cuidadoso equilibrio entre dos asuntos igualmente importantes: una necesidad general por la equidad y un requisito primordial de mantener la disciplina.

El enfoque central del sistema norteamericano de justicia militar siempre ha caído sobre el comandante, quien es el protagonista en la administración de la disciplina de una unidad mediante dicho sistema de justicia¹⁰. En su normatividad, el ejército de los Estados Unidos explica que la disciplina militar “está fundada en la autodisciplina y el respeto a la autoridad debida” y que “será mantenida mediante capacitación individual o en grupo para crear una actitud mental que resulte en la conducta debida y en la pronta obediencia a las autoridades militares legítimas”¹¹. Las fuerzas militares de los Estados Unidos consideran que la disciplina militar es la “herramienta de manejo del comportamiento más importante” de un comandante¹² y un elemento especial de su sistema de justicia militar. Según se declara en el preámbulo del Manual de Corte Marcial,

7 U.S. Dep't of Def., *The Armed Forces Officer* 11 (2007).

8 *Schlesinger v. Councilman*, 420 U.S. 738, 757 (1975).

9 Lieutenant Colonel JAMES B. ROAN & Captain CYNTHIA BUXTON, *The American Military Justice System in the New Millennium*, 52 A.F. L. REV. 185, 186 (2002).

10 *Id.*

11 U.S. Dep't of Def., *Army Reg. 600-20, Command Authority* para. 4-1a (18 Mar. 2008) (RAR, 20 Sept. 2008).

12 *The Armed Forces Officer*, *supra* note 7, at 68.

“[e]l propósito del derecho militar es promover la justicia, asistir en el mantenimiento del buen orden y disciplina de las fuerzas armadas, promover la eficiencia y efectividad de la institución militar, y así fortalecer la seguridad nacional de los Estados Unidos”¹³. En tal propósito, el comandante es la clave.

Los comandantes norteamericanos derivan su autoridad directamente de la constitución, en la cual el Presidente es designado como Comandante en Jefe¹⁴, y también de los varios estatutos, reglas y normas emitidas por el congreso¹⁵. En la doctrina militar estadounidense, la autoridad de los comandantes sobre sus subordinados incluye la responsabilidad directa por la disciplina de los mismos.¹⁶ Los comandantes norteamericanos no solo son responsables de mantener la disciplina de sus tropas sino que son directamente responsables si estas cumplen o no la misión asignada; de hecho, la habilidad de los comandantes en mantener la disciplina es denominada una “función esencial del mando”¹⁷. El general William Westmoreland, comandante del Ejército de los Estados Unidos en Vietnam, explicó el rol que desempeña un comandante en mantener la disciplina y cómo el sistema de justicia militar asiste al comandante lograr garantizar tal disciplina:

“Una relación aceptada entre subordinado y superior es inherente dentro del concepto de la disciplina militar y es necesaria para el logro de la misión. En si-

tuaciones del campo de batalla, el plan de acción de un líder no puede ser sujeto a debate. El tiempo generalmente no permite discusión. El comandante tiene que saber que sus órdenes van a ser cumplidas, ya que el soldado que evade su deber afecta mucho más que su propia vida. Las vidas de otros se afectan y el éxito de la misión puede resultar comprometido. Aquella conducta que le resta al superior respeto y confianza debilita su autoridad y la lealtad que necesita en realizar su trabajo. Un sistema de justicia militar debe ayudar en preservar la autoridad de los comandantes militares”¹⁸.

Por lo tanto, para las fuerzas militares norteamericanas no es tanto el que las tropas deben ser disciplinadas para así ser efectivas, sino que los comandantes tienen que ser los administradores claves de tal disciplina. Si fuera de otra forma sería algo incomprensible para los comandantes norteamericanos: “[h]ay una anomalía fundamental en otorgarle autoridad de vida o muerte sobre tropas en combate a un comandante, y no confiar en que tal comandante pueda tomar una decisión apropiada con respecto a la justicia y equidad que se le debe otorgar a un individuo”¹⁹. En otras palabras, una comandante estadounidense que ordena a sus tropas defender un bastión hasta el último cartucho encontraría algo sorprendente, como mínimo, el que tuviese que obtener la habilidad de obligar el cumplimiento de sus órdenes

13 MANUAL FOR COURTS-MARTIAL, UNITED STATES pmbl., at 3 (2012).

14 U.S. CONST. art. II, § 2 (“El Presidente será el Comandante en Jefe del Ejército y la Armada de los Estados Unidos”).

15 *Id.* art. I, § 8 (“El Congreso tendrá el poder de ...hacer reglas para el gobierno y regulación de las fuerzas terrestres y navales”).

16 JOINT CHIEFS OF STAFF, JOINT PUB. 1, DOCTRINE FOR THE ARMED FORCES OF THE UNITED STATES, at IV-17 through IV-19 (25 Mar. 2013).

17 “El mantenimiento del buen orden y la disciplina es una función absolutamente esencial del mando”. See Roan & Buxton, *supra* note 9, at 186.

18 General WILLIAM C. WESTMORELAND, *Military Justice—A Commander’s Viewpoint*, 10 AM. CRIM. L. REV. 5, 6 (1971–1972).

19 General WILLIAM C. WESTMORELAND & Major General GEORGE S. PRUGH, *Judges in Command: The Judicialized Uniform Code of Military Justice in Combat*, 3 HARV. J.L. & PUB. POL’Y 2, 58 (1980).

mediante ciertos abogados civiles o militares quienes son completamente desinteresados del asunto.

Los comandantes norteamericanos hoy día cuentan con un sistema de justicia que ha sido diseñado para que funcione rápidamente tanto en guarnición como en combate, con la meta de que no pasen más de cuatro meses entre una acusación formal y juicio²⁰. Los comandantes utilizan este rápido sistema para comunicarle a las tropas fuertes mensajes y ejemplos de lo que es considerado como comportamiento aceptable o inaceptable, refiriendo específicos casos serios a juicio, o manejando otros asuntos disciplinarios en procesos administrativos o no judiciales. De hecho, el sistema de justicia militar norteamericano de hoy es justicia de puro carácter militar, enfocado en preservar la autoridad de los comandantes por el bien del cumplimiento de la misión asignada, y ha sido estructurado de esta manera desde el comienzo de la nación.

LA EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR NORTEAMERICANA

La justicia militar estadounidense nació del derecho militar británico, donde los comandantes militares ejercían amplia autoridad disciplinaria sobre su personal. El papel central del comandante en el derecho militar británico proviene de los tiempos en que no existían ejércitos permanentes y el rey inglés hacía llamados a movilizar milicias locales para em-

barcarse o desplegarse y así salir en campaña o expedición al exterior²¹. Durante tiempos de paz, la justicia ordinaria generalmente era aplicable a todas las personas, pero una vez las tropas eran llamadas a salir en campaña, el rey o su comandante en jefe emitía unas reglas denominadas como artículos de guerra para gobernar la conducta de la milicia movilizada²². En todas sus etapas originales, el derecho militar británico consistía en enumeraciones de castigos que los comandantes podían imponer a aquellas tropas movilizadas que no se comportaban correctamente²³.

Exactamente dieciséis días luego de haber creado al ejército continental en 1775 para luchar por la independencia norteamericana, el congreso adoptó un compendio de 69 “artículos de guerra” que eran una copia casi completa del entonces vigente código de justicia militar británico²⁴. Modificado levemente un año después, Estados Unidos mantuvo en este código de justicia militar el mismo papel dominante y disciplinario que desempeñaba el comandante en la justicia militar británica. La preocupación principal de esta primera versión de la justicia militar norteamericana consistía en tratar de otorgar a los comandantes suficientes medidas para disponer de asuntos disciplinarios, y no existía tanto interés en los supuestos “derechos” que el personal militar mereciese²⁵. Con este nuevo sistema los comandantes norteamericanos podían, en su criterio, ordenar juicios para procesar todo tipo de ofensas y castigar a las tropas²⁶, de acuerdo a cómo consideraban

20 MCM, *supra* note 13, R.C.M. 707.

21 R. Arthur McDonald, *Canada's Military Lawyers* 3 (2002).

22 *Id.*

23 STEPHEN STRATFORD, *History of British Courts-Martial*, STEPHEN'S STUDY ROOM, <http://www.stephen-stratford.co.uk/history_cm.htm> [visitado Junio 27, 2013] (provee información acerca de la historia militar y penal británica, 1900 al 1999). Ver también DAVID GLAZIER, *Precedents Lost: The Neglected History of the Military Commission*, 46 VA. J. INT'L L. No. 1, at 6-10 (Fall 2005).

24 *The Army Lawyer, A History of the Judge Advocate General's Corps, 1775-1975*, at 7 (1975).

25 JONATHAN LURIE, *Military Justice in America, The U.S. Court of Appeals for the Armed Forces, 1775-1980*, at 1, 1 (2001).

26 *Id.* at 2. Las cortes marciales establecidas por los artículos de guerra norteamericanos son, con toda probabilidad, las primeras cortes federales de los Estados Unidos. *Id.*

los comandantes que fuera necesario para mantener la disciplina de sus unidades.

Los artículos de guerra norteamericanos originales listaban varios delitos y penas, y proveían a los comandantes con tres tipos de corte marcial que podían designar: general, de regimiento y de guarnición²⁷. Un general podía nombrar ciertos oficiales bajo su cargo a formar parte de una corte marcial general, y este mismo comandante revisaba todas las sentencias emitidas por tal corte antes de que se cumplieran²⁸. Aquellos comandantes de regimientos o de guarniciones podían designar sus respectivas cortes marciales, con la limitación de que estas cortes no tenían jurisdicción sobre aquellos casos en que la pena de muerte pudiese ser impuesta, ni tampoco podían imponer una condena de más de un mes de cárcel. Sin embargo, las sentencias de estas cortes no quedaban sujetas a ningún tipo de revisión o apelación²⁹.

64

Desde el principio, la intención del Congreso era que el personal militar estuviese regido por un sistema de justicia completamente aparte de la justicia ordinaria y enfocada en mantener la disciplina. En el modelo británico de los artículos de guerra norteamericanos, el fuero del sistema de cortes marciales era exclusivo para los militares³⁰. John Adams, uno de los padres fundadores de Estados Unidos y miembro clave del comité del Congreso encargado de elaborar los artículos de guerra, creía que los militares tenían que tener un sistema de justicia distinto al de los civiles³¹. Existían conside-

raciones prácticas para establecer un sistema de justicia aparte para los militares y enfocado totalmente en mantener la disciplina en ellos, ya que las esperanzas de la causa revolucionaria dependían de la forma en que estas tropas actuaran en el campo de batalla. De hecho, Adams dijo que “la ruina de nuestra causa y nuestro país tiene que ser consecuencia si...no se puede obtener una disciplina estricta” y que “[l]a disciplina de un ejército es como la ley en una sociedad civil. No puede haber libertad en una comunidad donde las leyes no se veneran ni se obedecen sagradamente, como de igual forma no puede haber por más de una hora felicidad o seguridad en un ejército donde no se mantiene la disciplina”³².

Luego de la revolución y por la mayor parte de su historia hasta la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos mantuvo los artículos de guerra en gran parte inalterados y enfocados en permitirle a los comandantes la habilidad de disciplinar tropas que demostraban mal comportamiento³³. Los arquitectos de la constitución estipularon que el congreso continuaría “redactando reglas para el gobierno y regulación de las fuerzas navales y terrestres”³⁴, mientras que el presidente permanecería como comandante en jefe de tales fuerzas³⁵. Sin embargo, por gran parte de la historia estadounidense el congreso no vio la necesidad de enmendar o cambiar los artículos, ya que no se tenía en mente que la nación iba a necesitar un gran número de fuerzas armadas en servicio activo permanentemente³⁶. Es más, el congreso consideraba que la justicia

27 DAVID A. SCHLUETER, *Military Criminal Justice, Practice and Procedure* 32 (6th ed. 2004).

28 *Id.*

29 *Id.*

30 *Id.* at 28.

31 Lurie, *supra* note 25, at 3.

32 *Id.*

33 FREDRIC I. LEDERER & BARBARA HUNDLEY ZELIFF, *Needed: An Independent Military Judiciary. A Proposal to Amend the Uniform Code of Military Justice*, in Eugene R. Fidell & Dwight H. Sullivan, *Evolving Military Justice* 27, 30–31 (2002).

34 U.S. Const. art. 1, subsec. 8, cl. 14.

35 *Id.* art. 2, subsec. 2, cl. 1.

36 LEDERER & ZELIFF, *Needed: An Independent Military Judiciary. A Proposal to Amend the Uniform Code of Military Justice*, in *Evolving Military Justice*, *supra* note 33, at 30.

militar era una simple herramienta de la rama ejecutiva del gobierno para mantener la disciplina, y se encontraba algo reacio en proveer a los acusados en la justicia militar poco más allá de los más mínimos derechos al debido proceso por temor a que la disciplina resultara perjudicada³⁷.

Mientras que el congreso realizó muy mínimas reformas a la justicia militar norteamericana a través del siglo XIX³⁸, en 1916, mientras los Estados Unidos empezaba a movilizar tropas justo antes de su eventual entrada en la Primera Guerra Mundial, el congreso estableció la primera gran reforma a los artículos de guerra desde la revolución³⁹. Las cortes marciales de regimientos y guarniciones fueron reemplazadas por una corte marcial especial, y la corte marcial sumaria reemplazó a unos tribunales de oficiales de campo que habían sido constituidos en 1874⁴⁰. Importantemente, sin embargo, los cambios del 1916 continuaron permitiendo a que los comandantes ordenasen los procesos de corte marcial pero se añadieron ciertas protecciones a los acusados para recibir un abogado defensor y recibir un juicio velozmente⁴¹. Los cambios del 1916 no incluyeron nada en cuanto a un proceso de apelaciones en la justicia militar⁴².

Luego de la experiencia nacional en la Primera Guerra Mundial, el congreso estableció nuevas reglas en la justicia militar norteamericana en 1920, como por ejemplo reglas permitiéndole al acusado a interrogar testigos y la posibilidad de poder presentar evidencia en

defensa y extenuación durante el proceso de investigación previo a un juicio⁴³. Aún así, los comandantes continuaron siendo centrales al sistema: podían radicar cargos, convocar el juicio, seleccionar a los miembros del panel (jurado) de la corte marcial y a los abogados participantes del proceso, y revisar los resultados del caso luego del proceso⁴⁴. Una vez que el número de tropas disminuyó al nivel previo de la guerra, y sin problemas disciplinarios graves durante las próximas dos décadas, el congreso vio muy poca necesidad en tener que cambiar algo más en los artículos de guerra⁴⁵. Sin embargo, la experiencia de los veteranos del próximo conflicto armado logró que el congreso considerase instituir cambios fundamentales a la justicia militar.

Durante la Segunda Guerra Mundial, de un total de aproximadamente 12 millones de personas en uniforme norteamericano, más de 1.7 millones fueron enjuiciados en procesos de corte marcial; más de 100 fueron fusilados o colgados y alrededor de 45,000 estaban en prisión al final del conflicto⁴⁶. Muchos veteranos regresaron de esta guerra considerando que la justicia militar norteamericana era “un instrumento de opresión mediante el cual los oficiales fortificaban liderazgo de bajo calibre”⁴⁷. Con tantos ciudadanos estadounidenses regresando de esta guerra a la vida civil amargados por sus experiencias en la justicia militar y quejándose en particular de la injusticia del sistema, especialmente en contraste con la justicia ordinaria, el congreso decidió actuar. En 1950, luego de mucho análisis y debate, el congreso reemplazó

37 SCHLUETER, *supra* note 27, at 36.

38 *Id.* at 33–37.

39 *Id.* at 37.

40 *Id.*

41 *Id.* at 38.

42 LURIE, *supra* note 25, at 29.

43 SCHLUETER, *supra* note 27, at 39.

44 *Id.*

45 *Id.*

46 LURIE, *supra* note 25, at 77.

47 Major GERALD F. CRUMP, *A History of the Structure of Military Justice in the United States, 1921–1966*, 17 A.F.L. REV. 55, 60 (1975).

por completo a los artículos de guerra con el Código Uniforme de Justicia Militar⁴⁸.

Desde que fue promulgado, el Código Uniforme de Justicia Militar ha tratado de mantener un balance entre el requisito básico de los comandantes norteamericanos en mantener la disciplina con la necesidad de que tal manejo de la disciplina sea justo y equitativo. De hecho, el nuevo código uniforme fue un compromiso entre aquellos que entendían que los comandantes debían continuar desempeñando un papel primordial en la administración de la disciplina, y aquellos que creían importante darle más autoridad a los abogados y jueces militares para así contrarrestar o controlar en cierta manera los amplios poderes de los comandantes⁴⁹. En las vistas en el congreso debatiendo la necesidad de emitir el nuevo código uniforme, uno de sus arquitectos, el profesor Edmund Morgan, explicó tal compromiso cuando señaló que “[e] stábamos convencidos de que un código de Justicia Militar no podía ignorar las circunstancias militares bajo las cuales debía de operar, pero estábamos igualmente determinados a que estuviese diseñado para administrar la justicia”⁵⁰.

Aunque los comandantes retuvieron su rol central en la justicia militar norteamericana luego de 1950, el Código Uniforme de Justicia Militar introdujo mejoras, como una corte de apelaciones compuesta de civiles y nombrada por el presidente para revisar ciertas condenas

en procesos de corte marcial⁵¹. Por primera vez se le requirió a los comandantes el deber de enviarle a sus asesores jurídicos y auditores de guerra la hoja describiendo la acusación y los cargos contra un acusado, para que estos pudiesen “considerar y asesorar” al comandante antes de que este decidiera elevar un caso a juicio⁵². Aún más, los comandantes con “intereses personales” en algún caso quedaban descalificados de poder convocar un tribunal en tal caso⁵³. Entre otros grandes cambios, el código uniforme de 1950 impuso un requisito de ofrecer a los acusados en cortes marciales generales abogados letrados, sin costo alguno a los acusados, como abogados de defensa⁵⁴. Hasta este momento, prácticamente cualquier oficial de línea podía servir como abogado defensor en una corte marcial; a menudo, nadie ejercía tal función⁵⁵. En otras reformas realizadas en 1968, este derecho a la defensoría fue expandido a todos los acusados en procesos de corte marcial especial y general⁵⁶.

Hoy, el Código Uniforme de Justicia Militar aplica a todo el personal militar de los Estados Unidos dondequiera estén localizados, y el fuero se extiende a los militares en retiro, cadetes y hasta a prisioneros de guerra enemigos mientras estén bajo la custodia militar norteamericana⁵⁷. El código uniforme tiene una lista de varios delitos y ofensas en sus “artículos punitivos”, algunos de los cuales son

48 64 Stat. 198 (1950).

49 LEDERER & ZELIFF, *Needed: An Independent Evolutionary Military Judiciary: A Proposal to Amend the Uniform Code of Military Justice*, in *EVOLVING MILITARY JUSTICE*, *supra* note 33, at 32.

50 *Hearings Before a Subcommittee on Armed Services, House of Representatives*, 81st Cong. (1949) (declaración del profesor Edmund Morgan ante el Comité de los Servicios Armados de la Cámara de Representantes), *disponible en* <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Morgan-Papers/Vol-VI-Morgan-statement.pdf> [visitado junio 26, 2013].

51 LEDERER & ZELIFF, *Needed: An Independent Evolutionary Military Judiciary: A Proposal to Amend the Uniform Code of Military Justice*, in *EVOLVING MILITARY JUSTICE*, *supra* note 33, at 32.

52 THE ARMY LAWYER, *supra* note 24, at 204.

53 *Id.* at 205.

54 *Id.* at 205–06.

55 EDWARD F. SHERMAN, *The Civilianization of Military Law*, 22 ME. L. REV. 3, 14 (1970).

56 THE ARMY LAWYER, *supra* note 24, at 247.

57 UCMJ arts. 2 and 3 (2012).

análogos a crímenes de la justicia ordinaria como el homicidio o la agresión, en adición de varias ofensas militares como la desobediencia, insubordinación o desertión⁵⁸, y también contiene un artículo “general” que puede ser utilizado para asimilar aquellas ofensas federales o estatales que no estén especificadas en alguna otra parte del código uniforme⁵⁹. No obstante, de igual manera en que fueron responsables por mantener la disciplina durante los días en que los artículos de guerra estaban vigentes, los comandantes norteamericanos lo continúan siendo bajo el código uniforme.

HERRAMIENTAS DISCIPLINARIAS Y JUDICIALES DE LOS COMANDANTES

Un caso típico en la justicia militar norteamericana comienza con una investigación que generalmente es ordenada por el comandante más inmediato del sospechoso responsable del hecho, aunque casos serios y complejos son asumidos por especialistas en investigaciones penales, quienes reportan los resultados de sus investigaciones a los comandantes pertinentes⁶⁰. Una vez el asunto haya sido investigado plenamente y se haya obtenido suficiente evidencia, se prepara un reporte de la investigación que es enviado al comandante del sospechoso. Dependiendo de la seriedad del asunto y del supuesto delito, el comandante puede ordenar la detención del sospechoso como medida de precaución o, luego de consultar con su asesor jurídico, puede decidir (basado en la evidencia) no tomar ninguna acción judicial o administrativa, o puede resolver el asunto mediante medidas administrativas o sanciones no

judiciales, o finalmente decidir que es necesario radicar cargos en contra del sospechoso y referir el caso a juicio en corte marcial⁶¹.

El personal que enfrenta acciones administrativas puede recibir una amonestación o reprimenda por escrito del comandante, y hasta puede ser dado de baja del servicio militar, entre otras medidas administrativas⁶². Cuando un comandante decide disponer de un asunto mediante sanciones no judiciales, se presenta una acusación formal en la que se le radican cargos contra el sospechoso (ahora denominado acusado), y el comandante lleva a cabo una audiencia en la que el acusado puede presentar evidencia a su favor ante el propio comandante⁶³. Bajo el código uniforme el comandante puede entonces desestimar los cargos por completo: si el comandante encuentra que el acusado es culpable de los cargos, puede entonces imponer un castigo o sanción como multas, arresto, custodia correccional o detención de cierto corto periodo de tiempo, de acuerdo con el rango que ostente el acusado⁶⁴.

Generalmente, los comandantes norteamericanos disponen de la mayor parte de los asuntos disciplinarios que enfrentan mediante acciones administrativas o sanciones no judiciales. Los casos más serios pueden resultar en que se le presente una acusación formal y cargos contra el sospechoso, y que el caso sea referido a una de las tres cortes marciales autorizadas bajo el código uniforme, las cuales varían dependiendo del rango que ostente el acusado, el nivel del mando del comandante, lo serio que sean los delitos imputados al acusado, y los castigos que se deseen obtener⁶⁵. Por ejemplo, un comandante de batallón del Ejército de Estados

58 *Id.* arts. 77 through 134.

59 *Id.* art. 134.

60 SCHLUETER, *supra* note 27, at 265.

61 GREGORY E. MAGGS & LISA M. SCHENCK, *Modern Military Justice: Cases and Materials* 107-46 (2012).

62 *Id.* at 109-29.

63 UCMJ art. 15.

64 MCM, *supra* note 13, pt. V, at V-1 through V-9.

65 MAGGS & SCHENCK, *supra* noted 61, at 209-10.

Unidos puede referir casos de su personal alistado a una corte marcial sumaria, la cual podría imponer una condena de treinta días de prisión o trabajos arduos por 45 días, y también incautar una porción de la paga del acusado, al igual que podría reducirle de rango⁶⁶.

Los comandantes norteamericanos de más alto rango y autoridad pueden convocar cortes marciales especiales o generales para resolver aquellos casos más serios que los que son resueltos en una corte marcial sumaria. Por ejemplo, un comandante de brigada del ejército puede convocar una corte marcial especial para procesar un caso en particular, la cual puede emitir una condena de hasta un año en prisión, trabajos arduos por tres meses, incautación de una porción de la paga del acusado, reducción de rango del acusado, e incluso hasta podría darle al acusado de baja del servicio militar por “mala conducta”, lo cual es denominado como una baja punitiva⁶⁷. En una corte marcial especial, el código uniforme requiere la presencia de un juez militar siempre y cuando la autoridad convocatoria de la corte marcial (en otras palabras, el comandante pertinente) contemple solicitar la baja punitiva del acusado del servicio militar⁶⁸. Si así lo escoge el acusado, su caso es decidido por no menos de tres “miembros

del panel” (jurado) de la corte marcial, quienes son oficiales o suboficiales seleccionados por la autoridad convocatoria a desempeñar tal función⁶⁹. El acusado en una corte marcial especial o general norteamericana tiene derecho a ser representado por un abogado defensor militar, y si así lo desea y está disponible, que ese abogado defensor militar sea uno de su predilección, sin costo alguno; el acusado siempre puede pagar por un abogado defensor civil de su propio bolsillo si así lo desea⁷⁰.

La corte marcial general es la herramienta disciplinaria más fuerte de un comandante norteamericano. Reservada para las ofensas más serias del código uniforme, una corte marcial general puede imponer todo tipo de condenas, como por ejemplo incautación total de la paga del acusado, reducción total del rango, una baja por mala conducta o por conducta “deshonrosa,” cadena perpetua en prisión o hasta la pena de muerte, dependiendo del caso⁷¹. La autoridad convocatoria ordena a uno de sus oficiales a que lleve a cabo una audiencia de investigación antes de tomar la decisión de referir un caso a corte marcial general⁷². Este oficial investigador somete un reporte de su investigación a la autoridad convocatoria a través del asesor jurídico de la misma, recomendando si los cargos ame-

66 Los procesos de corte marcial sumaria toman lugar frente a un oficial que no necesita ser abogado y quien es parte de la cadena de mando de la autoridad convocatoria del proceso. El acusado en un proceso sumario tiene que acordar a que su caso sea visto en tal proceso y generalmente no tiene que tener presente en el proceso a un abogado defensor. Ver generalmente UCMJ arts. 16, 20, and 24 (2012); SCHLUETER, *supra* note 27, at 894–97.

67 UCMJ arts. 16, 19 and 23.

68 *Id.* arts. 19 and 26. En la práctica, y de acuerdo a la normatividad del servicio militar pertinente, los jueces militares presiden todos los casos llevados a corte marcial especial. SCHLUETER, *supra* note 27, at 435.

69 UCMJ art. 25. Los comandantes autorizados a convocar cortes marciales especiales y generales lo hacen mediante órdenes convocatorias, las cuales identifican miembros específicos del comando quienes pueden servir como miembros de un panel para ciertos casos. Las autoridades convocatorias seleccionan a los miembros de un panel de acuerdo con ciertos factores como la edad, educación, experiencia, término de servicio militar y temperamento judicial. Ver *id.* art. 25(d)(2). Con la excepción de casos de pena capital, un acusado en una corte marcial especial o general estadounidense puede escoger a que su caso sea visto y decidido por solo un juez militar; si no es así, los miembros del panel deciden el caso. SCHLUETER, *supra* note 27, at 597–03.

70 UCMJ arts. 27 and 38.

71 *Id.* arts. 18, 22, and 58a.

72 *Id.* art. 32; MCM, *supra* note 13, R.C.M. 405. Similar a un juicio, la audiencia de investigación incluye al fiscal, quien presenta la prueba que existe contra el acusado, y el acusado y su abogado defensor pueden estar presentes y examinar, contrainterrogar y desestimar la prueba y los testigos, y de igual forma pueden presentar testigos, pruebas y argumentación a su favor. See MAGGS & SCHENCK, *supra* note 61, at 213–14.

ritan que se lleve a cabo un juicio en corte marcial general o deben ser dispuestos a la decisión de cortes de menor nivel, o si ciertos cargos deben ser añadidos o destituídos⁷³. La autoridad convocatoria entonces decide si convocar a la corte marcial, destituir por completo el proceso o no, o manejar el asunto de una manera diferente, quizás mediante medidas administrativas o imponiendo sanciones no judiciales, o hasta referir el asunto por completo a la disposición de un comandante subordinado⁷⁴.

Si un comandante norteamericano decide continuar con el caso y convoca a una corte marcial general, el resto del proceso es manejado por los abogados militares del comando. Un abogado militar de alto rango sirve como juez de la corte marcial general y abogados militares ejercen sus cargos pertinentes de fiscal y defensor. Toma lugar entonces un juicio de tipo acusatorio, con audiencias específicas de acuerdo a las peticiones del fiscal o el abogado defensor en cuanto a objeciones que tengan acerca de la prueba o evidencia presentada o cualquier otro asunto. Igual que los juicios en la justicia penal ordinaria, los juicios militares son procesos orales en su totalidad, en los que un fiscal presenta la prueba o evidencia contra el acusado y luego la defensoría presenta cualquier evidencia que pueda desestimar la evidencia presentada por el gobierno. Para determinar la culpabilidad del acusado, la prueba tiene que ser considerada capaz de comprobar el asunto fuera de toda duda razonable⁷⁵.

Aquellos quienes son encontrados culpables mediante un juicio en una corte marcial estadounidense tienen varios derechos de apelación. Los fallos condenatorios que resulten en bajas punitivas del servicio militar (bajas por mala o deshonrosa conducta) pasan automáticamente a revisión de la autoridad convocatoria de la corte marcial, quien tiene amplios poderes para suspender, reducir, dimitir o anular todas las penas impuestas por la corte⁷⁶. Condenas que incluyen sentencias de prisión por más de un año, bajas punitivas o imposición de la pena de muerte quedan sujetas también a un completo proceso apelativo en cortes de apelación de cada servicio militar sea por los hechos contenciosos o por asuntos de ley⁷⁷. Si la corte de apelaciones del servicio militar pertinente afirma el fallo condenatorio, el acusado puede someter una apelación a la Corte de Apelaciones de las Fuerzas Armadas⁷⁸ y hasta a la Corte Suprema de los Estados Unidos⁷⁹. Aquellas condenas que no quedan sujetas a apelación por ley siempre son revisadas por asesores jurídicos militares para certificar que los fallos y las sentencias son correctos en cuanto a los hechos o el derecho se refiere⁸⁰.

Ya que los comandantes desempeñan un papel tan dominante en la justicia militar norteamericana, puede que surjan preguntas acerca de su habilidad de influenciar indebidamente los procesos penales. Sin embargo, existen suficientes controles para impedir que un comandante

73 MCM, *supra* note 13, R.C.M. 405(j) and 406; UCMJ art. 34.

74 UCMJ art. 34; MCM, *supra* note 13, R.C.M. 407.

75 Para leer una reseña más amplia de los procedimientos en un tribunal de corte marcial norteamericano, ver SCHLUETER, *supra* note 27, at 775–893.

76 UCMJ art. 60.

77 *Id.* art. 66. Existen tres cortes de apelaciones de los servicios militares, una para la Infantería de Marina y la Armada, otra para el Ejército, y otra para la Fuerza Aérea. Jueces militares componen estas cortes.

78 *Id.* art. 67. Hay cinco jueces civiles nombrados por el Presidente en la Corte de Apelaciones de las Fuerzas Armadas.

79 El Congreso le otorgó a la Corte Suprema jurisdicción sobre las decisiones de la Corte de Apelaciones de las Fuerzas Armadas en 1984. Military Justice Act of 1983, 28 U.S.C. § 1259 (2006).

80 UCMJ art. 64.

“influya ilegalmente” en la administración de la justicia militar⁸¹. Por ejemplo, ni el juez militar⁸² ni el abogado defensor⁸³ de un acusado en un proceso de corte marcial caen bajo la misma cadena de mando del comandante que actúa como autoridad convocatoria del proceso. El código uniforme también prohíbe que cualquier persona sujeta al código, incluyendo el comandante, trate de presionar, amenazar o de alguna otra manera influenciar ilegalmente a que una corte marcial emita un fallo o sentencia específica⁸⁴. Aunque los generales norteamericanos seleccionan a los miembros de un panel de corte marcial bajo ciertos criterios, y estos deciden los asuntos que les presentan en corte, los miembros de un panel están sujetos a un intenso proceso interrogatorio de parte del fiscal, el abogado defensor y el juez militar para determinar si van a poder evaluar la evidencia que se les presente de una forma equitativa, justa e imparcial⁸⁵. Se prohíbe, además, a que aquel personal que evalúa anualmente a los que son seleccionados a formar parte de un panel en corte marcial considere, discuta o mencione cómo los miembros del panel actuaron mientras servían tal función⁸⁶.

La debida y apropiada asesoría jurídica también sirve para evitar la influencia ilegal del comando en la justicia militar. Los asesores jurídicos militares manejan por completo el sistema de justicia militar que los comandantes norteamericanos utilizan para disciplinar sus tropas, y lo hacen evaluando la evidencia y recomendando aquellas medidas posibles para

que los comandantes puedan disponer apropiadamente de los asuntos disciplinarios. En la práctica, todas las decisiones disciplinarias de un comandante se toman luego de consultar con un asesor jurídico militar, y este es definitivamente el caso cuando el proceso consiste en una corte marcial, donde todas las decisiones claves del proceso solo pueden ser tomadas luego de consultar con un asesor jurídico⁸⁷. Justo como los comandantes norteamericanos dependen del consejo de asesores jurídicos en operaciones de combate, los comandantes dependen del sabio consejo de asesores jurídicos militares para decidir qué hacer en casos disciplinarios.

CONCLUSIÓN

El principio más básico de toda organización militar es que si unas órdenes legales son emitidas, tienen que ser obedecidas. En tanto que los comandantes norteamericanos retengan la autoridad de decirle a sus tropas “dónde viven, dónde trabajan, y cuándo tienen que arriesgar sus vidas”⁸⁸, estos van a necesitar tener la habilidad de obligar a hacer cumplir tales órdenes. Es más, mientras los comandantes continúen siendo responsables por los actos de quienes obedecen o desobedecen sus órdenes en combate o en tiempos de paz, van a necesitar de un sistema que les permita obligar a cumplir tales órdenes sin demora indebida. Este sistema debe permitir a los comandantes la habilidad de poder enviar poderosos y rápidos ejemplos a las

81 La influencia ilegal del mando ha sido denominada como “la enemiga mortal de la justicia militar”. United States v. Thomas, 22 M.J. 388, 393 (C.M.A. 1986). Para leer una reseña más amplia de los peligros potenciales de la influencia ilegal del mando en todas las etapas de un caso en corte marcial, ver SCHLUETER, *supra* note 27, at 374–400.

82 UCMJ art. 26. See also SCHLUETER, *supra* note 27, at 433–38.

83 UCMJ art. 27(b); MCM, *supra* note 13, R.C.M. 502(d).

84 UCMJ art. 37.

85 MCM, *supra* note 13, R.C.M. 912.

86 UCMJ art. 37.

87 SCHLUETER, *supra* note 27, at 46.

88 LEDERER & ZELIFF, *Needed: An Independent Military Judiciary: A Proposal to Amend the Uniform Code of Military Justice*, in *Evolving Military Justice*, *supra* note 33, at 5.

tropas acerca de lo que sea considerado comportamiento apropiado, y también permitirles resolver rápidamente infracciones a la disciplina para que las tropas puedan concentrarse en cumplir con su asignada misión.

Además, tal sistema de justicia tiene que funcionar bien en despliegue. En tanto que las tropas estadounidenses continúen comprometidas a despliegues globales frecuentes y en gran número, con sus comandantes directamente responsables y capaces de rendir cuentas por sus actos, Estados Unidos va a necesitar tener un sistema de justicia centrado en el comando “que vaya dondequiera las tropas vayan para proveer trato uniforme sin importar las circunstancias ni la localidad”⁸⁹. Efectivamente, el mismo antiguo problema que afligía a los británicos de poder “mantener la disciplina de un ejército muy disperso”⁹⁰ todavía aflige a los Estados Unidos hoy en día. Excepto por unas breves instancias como la Guerra Civil, las tropas norteamericanas siempre se han desplegado a operaciones en el extranjero y a menudo en gran número⁹¹. De hecho, en casi cada uno de los 63 años desde que se promulgó el Código Uniforme de Justicia Militar, numerosos militares norteamericanos se han desplegado

al extranjero en operaciones de combate y de paz⁹².

Hoy, las tropas norteamericanas llevan consigo un sistema de justicia que ha evolucionado a convertirse en uno que es capaz de operar de forma veloz y equitativamente en lugares donde no existe, y a menudo nunca ha existido, un estado de derecho. Esta evolución ha sido resultado de esfuerzos cuidadosos y específicos del congreso a través de la historia para asegurarse de que los comandantes cumplan con su deber de mantener la disciplina militar de una forma justa, equitativa y transparente. Tanto en guarnición como en combate, las tropas norteamericanas entienden que su comportamiento queda sujeto al Código Uniforme de Justicia Militar y que los comandantes lo van a utilizar para hacer cumplir la ley y garantizar la disciplina. Las tropas norteamericanas también entienden que el código uniforme les provee con controles y equilibrios apropiados y prácticos para así asegurar que se mantengan vigentes sus derechos individuales como ciudadanos de una democracia mientras se garantiza la disciplina. Básicamente, entienden que este sistema les provee un estándar norteamericano de justicia no importa cuán lejos estén del hogar.

89 Moorman, *supra* note 6, at 190.

90 Captain(P) DAVID M. SCHLUETER, *The Court-Martial: An Historical Survey*, 87 MIL. L. REV. 129, 139 (1980).

91 BARBARA SALAZAR TORREON, Cong. Research Serv., R42738, *Instances of Use of United States Armed Forces Abroad, 1798–2013*, at summary (2013).

92 Desde 1950, los años en que ninguna tropa norteamericana aparenta haber salido del país en despliegue de combate o en operaciones de paz son 1957, 1961, 1977 y 1979. *Ver id.* at 11–35.

EL CUERPO JURÍDICO DEL EJÉRCITO DE ESTADOS UNIDOS

*Capitán USA Juan A. Lozada-Leoni**

El cuerpo jurídico del ejército de los Estados Unidos cumplió 238 años en julio del 2013. Los comandantes, durante la guerra de independencia, la guerra civil, dos guerras mundiales, la guerra fría, las guerras del Golfo (Park, 73) y la guerra contra el terrorismo, han contado con la presencia de un asesor jurídico militar en su círculo de consejeros. La importancia del cuerpo jurídico continúa creciendo en un mundo donde la naturaleza de la guerra es cada día más compleja. Este artículo tiene como objetivo ofrecer una breve introducción a la organización del cuerpo jurídico estadounidense, la educación jurídica en los Estados Unidos, la evolución de la jurisprudencia militar y un breve análisis de los retos que la justicia militar en Estados Unidos ha tenido que enfrentar en la última década.

Los últimos diez años se han caracterizado por el gran número de operaciones desplegadas, tratando de salvaguardar la integridad del sistema de justicia en un ambiente operacional que ha requerido de un concertado esfuerzo y, en algunos casos, la reforma de algunas partes del sistema para responder a las nuevas realidades operacionales y políticas del país. El sistema militar de justicia continuará jugando un importante rol en garantizar el orden y la disciplina de la fuerza, pero su futuro dependerá de los recursos y tiempo que se inviertan en entrenar y retener a abogados militares, y de líderes que entiendan que flexibilidad y dinamismo son tan importantes para el sistema como las habilidades técnicas de los que participan en el.

* Jefe de Derecho Internacional e Intercambios Estratégicos del Ejército Sur de los Estados Unidos.

EL CUERPO DE ASESORES JURÍDICOS DEL EJÉRCITO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Creación del cuerpo jurídico

La historia del cuerpo de asesores jurídicos del ejército de los Estados Unidos comienza el 29 de julio de 1775, cuando el general George Washington, apenas en su segundo mes como comandante en jefe de las Fuerzas Continentales, nombró al comandante William Tudor como el primer Auditor de Guerra del Ejército (Park, 72). En octubre del 2013, la primera mujer en ser nominada por el presidente para servir como Auditora General de guerra (TJAG), teniente general Flora D. Darpino, se ha convertido en la trigésima novena auditora general de guerra del ejército (U.S. Congress, 2013).

Aunque la complejidad de la misión de los asesores jurídicos se ha acrecentando con el pasar del tiempo, su objetivo principal continúa siendo el mismo, después de casi 240 años, proveer consejo jurídico a los comandantes a cada nivel del ejército y ayudarlos a administrar el sistema de justicia militar que interpreta y aplica el Código Uniforme de Justicia Militar (U.S. Army, 2011b).

Educación jurídica en los Estados Unidos

La educación legal en los Estados Unidos ocurre a nivel de post-grado; después de completar estudios universitarios que llevan al otorgamiento de un título universitario de cuatro años, en cualquier disciplina, la persona debe cursar estudios jurídicos por tres años adicionales (ABA, 2012, p. 36). Después de terminar la escuela de leyes, el estudiante debe pasar un examen de licenciatura, el cual es administrado por cada estado o territorio de manera independiente. En Texas, por ejemplo, el examen de licenciatura es un examen de tres días que verifica que el aplicante cuenta con la competencia y extensivos conocimientos de varias ramas de

la práctica jurídica, conmensurados con un individuo que ya ha terminado sus estudios jurídicos y desea trabajar como abogado (The State of Texas, 2008, p. 10). Las escuelas de derecho tienen la obligación de ofrecer un currículum de estudios que prepare a los estudiantes de derecho para pasar este examen de licenciatura (ABA, 2012, p. 17). De acuerdo a las estadísticas recopiladas por la Corte Suprema de Texas en el 2012, 78.72% de los aplicantes lograron pasar el examen de licenciatura que administra la corte dos veces por año.

El examen de licenciatura tiene dos componentes, uno de conocimiento general de conceptos de todas las ramas del derecho estatal y federal, y otro que determina la aptitud moral del candidato para desempeñarse en la práctica del derecho (The State of Texas, 2008, p. 11). La evaluación de aptitud moral del candidato es llevada a cabo por un grupo de abogados con mucha experiencia y que están licenciados para la práctica del derecho en el estado en el que el candidato quiere licenciarse, este panel de abogados califica al candidato basado en su historial de crédito e historia criminal, candidatos que han sido encontrados culpables, en un proceso judicial, de cometer delitos con una pena de cárcel de más de doce meses, generalmente no serán encontrados aptos para la práctica del derecho (The State of Texas, 2008, p. 11).

Cada estado de la unión tiene su propio examen de licenciatura y lo administra de manera particular, esto significa que como regla general, ser admitido en un estado como Texas o Florida, no le permite al candidato practicar el derecho en otros estados. Un candidato admitido para la práctica del derecho en Florida que quiere practicar su profesión en Texas, no podrá hacerlo antes de tomar el examen de licenciatura del estado de Texas y cumplir todos los requisitos que Texas exige para la admisión en la práctica del derecho (The State of Texas, 1993). La práctica del derecho sin una licencia es un crimen en la mayoría de los estados, en el caso de Texas, el Código Penal de Texas, sección 38.123, establece una pena de un año en la cárcel a cualquier persona que, con el in-

tento de obtener un beneficio económico, se dedica a la práctica del derecho sin haber primero obtenido una licencia (The State of Texas, 1993). **Los abogados militares están exentos a esta regla y son libres de ejercer el derecho en cualquier instalación militar del país o del mundo, siempre y cuando estén actuando en el desempeño de sus funciones como abogados militares (The State of Texas, 1993).** La regulación del Ejército 27-26, Regla 1.13 (U.S. Army, 1992) prohíbe a cualquier abogado empleado por el ejército, civil o militar, representar a cualquier persona u organización con un interés contrario al del gobierno de los Estados Unidos ante organismos administrativos de cualquier departamento del gobierno federal o corte judicial. Cualquier uso de la licencia fuera del departamento de defensa tiene que ser aprobado por el TJAG (U.S. Army, 1992).

Reclutamiento de los abogados militares (JAGs)

La mayoría de los abogados militares del Ejército se incorporan a este después de completar la escuela de leyes y pasar el examen de licenciatura en uno o más de los estados o territorios de Estados Unidos (U.S. Army, 2013). La mayoría de estos abogados se asimilan al ejército y se les otorga el rango de tenientes primeros. Seis meses después de empezar sus carreras como abogados militares, los oficiales son ascendidos al rango de capitán. Los oficiales del cuerpo jurídico generalmente permanecerán en ese rango por siete años antes de poder optar al rango de mayor (U.S. Army, 2011b, p. 4).

Ramas y estructura del cuerpo jurídico

Los JAGs sirven generalmente como asesores jurídicos del comando en el que están asignados. En esta función, las áreas en las que les toca dar consejos incluyen una vasta gama de disciplinas jurídicas: derecho administrativo, derecho procesal, derecho internacional público, derecho ambiental, derecho penal, derecho laboral, derecho comercial y derecho civil. Los

JAGs sirven también como fiscales, defensores y jueces militares, y son responsables por la administración del sistema de justicia militar y su código (U.S. Army, 2011a, p. 19).

El cuerpo de abogados y jueces del servicio activo del ejército de los Estados Unidos es liderado por “The Judge Advocate General (TJAG)”, un teniente general que es el abogado militar de mayor rango en el ejército (U.S. Army, 2011a, p. 9), un mayor general que es el Deputy Judge Advocate (DJAG) (U.S. Army, 2011a, p. 16) y un grupo de alto mando compuesto por cuatro generales de brigada (U.S. Army, 2011a, p. 17-18).

La mayoría de las oficinas legales a nivel de instalación, cuerpos y divisiones están estructuradas de la siguiente manera: el Staff Judge Advocate (SJA) sirve como el consejero legal principal del comandante de esta unidad, el Deputy Staff Judge Advocate (DSJA) actúa como el segundo consejero legal para el comando y después la oficina se divide en cuatro secciones, cada una con su jefe. Cada jefe de sección cuenta con un número de abogados bajo su responsabilidad, estos se dedican exclusivamente a la práctica de esta área del derecho y rotan cada dieciocho meses. Las cuatro secciones son: justicia militar, derecho internacional y operacional, derecho administrativo y la sección de asistencia legal. A nivel de brigada, la oficina legal cuenta con tres abogados, el Brigade Judge Advocate (BJA), el Trial Counsel (TC) que se encarga de la justicia militar de la brigada y un tercer abogado que se encarga de proveer servicios legales a los soldados cuando la brigada está operando en una zona de campaña o guerra (U.S. Army, 2011a, p. 21).

Promoción del oficial jurídico

Cada oficial legal deberá pasar un periodo de 18-24 meses en cada sección antes de ser promovido a mayor, el porcentaje de oficiales legales que accederán a rangos superiores en el 2013 son de ochenta por ciento de capitán a mayor y de sesenta por ciento de mayor a teniente coronel, pero estas cifras cambian dependiendo de

cuántos oficiales de cada rango se retiren o decidan irse de baja.

La progresión profesional de cada oficial legal trata de asegurarse que cada oficial militar es un generalista y conoce los conceptos prácticos y teóricos de cada una de las áreas de concentración (U.S. Army, 2011b, p. 4). Este tipo de progresión profesional les permite acumular las herramientas apropiadas para que cuando logren el rango de teniente coronel, coronel o general, su nivel de experticia jurídica le permita apoyar las necesidades estratégicas del alto mando militar.

El servicio de defensa técnica militar

Uno de los componentes más cruciales de nuestro sistema de justicia militar es nuestro cuerpo de abogados defensores, estos abogados son asignados al comando de defensa por un mínimo de dos años, en su mayoría son abogados con mucha experiencia en el área penal y su cadena de mando, a diferencia de la de los otros abogados del ejército, está centralizada y reporta directamente al jefe de abogados defensores en Washington, D.C. (U.S. Army, 2011a, p. 29). Esto les permite a los defensores litigar celosamente sus casos sin preocuparse con el prospecto de que la persona que evalúa a los fiscales militares y aconseja al comandante, será la misma persona que evalúe la calidad de su trabajo.

Los abogados militares asignados al servicio de defensa reciben un entrenamiento constante y riguroso durante el tour, que generalmente dura dos años. El abogado tendrá el deber de defender celosamente a sus clientes y, en algunas instancias, contará con un equipo de peritos para asistir en la defensa de su cliente; los gastos de viaje y tiempo de dichos peritos serán generalmente costeados por la autoridad convocatoria. El fiscal militar tiene la responsabilidad de asegurarse que todos los testigos y peritos, incluyendo los del equipo de defensa, son producidos en persona durante el juicio.

JUSTICIA MILITAR EN LOS ESTADOS UNIDOS

Jurisdicción de las cortes marciales en Estados Unidos

Las cortes militares, autorizadas por el artículo I de la Constitución de los Estados Unidos, no son consideradas parte de la rama judicial si no son subordinadas al poder ejecutivo, dependiendo directamente del Ministerio de la Defensa (10 USC Sec 942 (b)). Estas cortes podrán ejercitar jurisdicción sobre un acusado cuando tres elementos estén presentes: primero, el crimen cometido tiene que envolver personal militar en servicio activo, incluyendo, en algunos casos, personal militar en estado de retiro. Segundo, el crimen cargado debe ser uno de los crímenes prescritos por el Código Uniforme de Justicia Militar, el cual contiene la lista de crímenes que pueden ser escuchados por las cortes militares y las definiciones de estos crímenes. Finalmente, la corte debe ser debidamente convenida y compuesta por un comandante que ha sido designado con el poder de convenir cortes marciales por el secretario del ejército (Manual de Cortes Marciales, Capítulo II, Jurisdicción, Regla 201, 2012).

Jurisdicción y su evolución

En 1969, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió limitar la jurisdicción de las cortes militares requiriendo por primera vez que los fiscales militares probaran una conexión entre el delito cargado y las funciones militares del acusado (*O'Callahan v. Parker*, 395 U.S. 258, 273 (1969)). Dieciocho años más tarde, en 1987, la Corte Suprema abandonó el requerimiento de que existiera un nexo entre el crimen y el servicio militar del acusado y decidiendo que solo el estatus del militar, como miembro del servicio militar activo, es necesario para que las cortes militares tengan jurisdicción sobre el caso (*Solorio v. United States*, 483 U.S. 435, (1987)).

El caso de Solorio vs. Estados Unidos

Richard Solorio era un miembro activo de la guardia costera que fue encontrado culpable de crímenes cometidos mientras estuvo asignado a una base naval en Juneau, Alaska. Los crímenes, no capitales, fueron cometidos dentro de la instalación militar y consistieron en el abuso sexual de dos niñas menores de edad. Solorio apeló la decisión de la corte señalando que no había una conexión entre su crimen y su servicio militar y por ende la corte había ejercido jurisdicción erróneamente sobre su caso (*Solorio v. United States*, 483 U.S. 435, 440 (1987)). En una decisión que alteró el precedente establecido por *O'Callahan v. Parker*, la Corte Suprema de los Estados Unidos eliminó la doctrina que dictaba que todo crimen militar debe mostrar una conexión con el servicio militar, cerrando así el confuso capítulo de los delitos de función. La decisión de la corte no fue unánime, tres de los magistrados disintieron de la opinión de la mayoría, pero al culminar el argumento de apelación, la corte suprema decidió que la jurisdicción de las cortes militares no dependía de la conexión entre el crimen y el servicio militar.

Origen de la autoridad de las cortes militares en los Estados Unidos

La mayoría de los casos criminales en los Estados Unidos son resueltos en las cortes estatales y federales civiles, estas, a diferencia de las cortes militares reciben su autoridad del artículo III, no el artículo I, sección 8 de la Constitución. El Código Uniforme de Justicia Militar es un estatuto aprobado por el congreso nacional e implementado por el presidente a través de Orden Ejecutiva 12473 (abril 13, 1984), dirigiendo la creación del Manual de cortes marciales, una orden ejecutiva habilitante que especifica los procedimientos y jurisdicción de las cortes militares (10 *United States Code* 801). De acuerdo al manual, la jurisdicción de las cortes militares se extiende a todo individuo en servicio militar activo, (10 *United*

States Code 802), pero también puede extenderse a individuos en situación de retiro del servicio militar activo y recibiendo una pensión o servicios de la institución, miembros de las unidades de la reserva militar, combatientes enemigos, y algunos civiles contratados por el departamento de defensa para acompañar la fuerza a ciertas zonas de campaña (18 *United States Code* 3261).

Diferentes aplicaciones del debido proceso: Cortes bajo el Artículo I vs. Artículo III

Las fuerzas armadas en los Estados Unidos tienen una larga historia de autoregulación, esto se ve reflejado en el hecho de que la jurisprudencia de las cortes federales civiles, con la excepción de la corte suprema en algunas instancias, no tienen carácter vinculatorio para las cortes militares (Henning, 2009, p. 8). La corte suprema ha validado la doctrina de que algunos derechos procesales de los militares no siempre son equivalentes a los derechos procesales garantizados por la quinta enmienda constitucional a los ciudadanos civiles, por ejemplo, en *Weiss v. United States*, 510 U.S. 163, 177-181, (1994), la corte suprema encontró que la falta de inamovilidad de los jueces militares no constituía una violación a la quinta enmienda de la Constitución, a pesar de que en las cortes creadas bajo el artículo III de la Constitución, el servicio vitalicio de los jueces es exigido por la aceptada interpretación de la quinta enmienda. Jurisprudencia reciente ha avanzado esta doctrina de separación entre estas cortes, creadas por el ejecutivo bajo el artículo I, y aquellas creadas por el artículo III de la Constitución y subordinadas al poder judicial. En la decisión de la Corte de Apelación de las Fuerzas Armadas (CAFA) en *United States v. Marcum*, 60 MJ 198, 205 (C.A.A.F. 2005), la máxima corte de apelación militar aplicó una interpretación diferente al derecho a la privacidad que la que había aplicado la corte suprema en el caso de *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). CAFA decidió que el precedente de la corte suprema,

resolviendo en un caso de sodomía consensual que el derecho a la privacidad prohibía al estado a hacer de la sodomía consensual un crimen, no era aplicable en el contexto militar. *United States v. Marcum*, 60 MJ 198, 205 (C.A.A.F. 2005).

El sistema de cortes militares, a diferencia del sistema federal de justicia, no está compuesto por jueces de carrera, jueces militares de primera y segunda instancias generalmente sirven en los tribunales por un periodo determinado, aunque algunos jueces militares terminan su carrera como abogados militares después de completar varios tours en el poder judicial militar, otros sirven como jueces por dos o tres años y continúan sus carreras sirviendo en otra capacidad. El magistrado supremo de la corte de segunda instancia, un oficial en el grado de brigadier general en la corte de apelación del ejército, solo sirve en esa posición por uno o dos años antes de continuar sirviendo en otra capacidad. En conclusión, no existen cortes militares permanentes, salvo en el caso de CAFA, las cortes se forman con ocasión de la comisión de una violación al código y la subsecuente iniciación de un proceso por la autoridad convocatoria.

Las instancias del sistema de justicia militar

El código uniforme de justicia militar crea varias cortes de primera instancia así como también dos niveles de apelación antes de que el caso llegue a la corte suprema de los Estados Unidos. En la primera instancia judicial, un caso es generalmente asignado a un juez militar después de haber sido investigado por un comandante, la policía militar o la división de investigaciones criminales. Un caso no puede ser asignado a un juez militar sin que el comandante que conviene esta corte militar haya recibido el resultado de las investigaciones y haya decidido convenir una corte militar (10 *United States Code* 860; *United States v. Davis*, 58 MJ 100) (C.A.A.F. 2003).

Una vez que la corte militar es convocada por la debida autoridad, generalmente un co-

mandante de una unidad en el rango mínimo de general de brigada, un juez militar asignado al circuito judicial en el que la unidad está localizada será designado para presidir sobre el caso. El acusado decidirá si su caso será juzgado por un jurado o un juez militar y, en ese momento, se dará comienzo al procedimiento judicial. Una vez terminado el juicio, y establecida una sentencia por el juez o jurado, la autoridad que convocó el juicio evaluará toda la evidencia presentada y cualquier material que el acusado haya decidido enviarle a la autoridad convocatoria, dicha autoridad tendrá entonces dos opciones: una, afirmar la decisión y sentencia del jurado o juez militar, en ese caso, el proceso de apelación a la segunda instancia continuará; la segunda opción disponible a la autoridad convocatoria es modificar la sentencia a favor del acusado, bien sea reduciendo el castigo parcialmente o conmutando la sentencia y veredicto de culpabilidad completamente (10 *United States Code*. 860 (c)).

Segunda instancia de apelación

Una vez que la autoridad convocatoria afirma la sentencia de la corte que él o ella convocó, la corte criminal de apelación del servicio militar al que el acusado pertenece se encargará de evaluar la validez del veredicto. La corte criminal de apelación está compuesta por un panel de jueces, todos abogados y sirviendo en el servicio militar activo. Los jueces de la corte de apelación son todos nombrados por el TJAG de cada rama militar, (10 *United States Code*. 866 (a)), pero el TJAG no tiene la prerrogativa de evitar que esta corte escuche todos los casos en el que la sentencia incluya la pena de muerte, una sentencia de cárcel de más de doce meses, así como también aquellas que le den de baja al militar, con una caracterización de servicio deshonorable o de mala conducta (18 *United States Code* 866 (b)).

El abogado militar asignado a representar al acusado durante el juicio en la primera instancia, no estará a cargo de representar al acusado durante la segunda, tercera o cuarta instancia de

apelación, el abogado que estuvo a cargo de la defensa en la segunda instancia será sustituido por un abogado asignado a la dirección de defensa apelatoria en Fort Belvoir, Virginia. Esto le permitirá al abogado de apelación evaluar el caso con un ojo crítico y en caso de que encuentre deficiencias con las maneras con las que el abogado defensor de primera instancia condujo su trabajo, utilizar este argumento a favor del acusado, durante el proceso de apelación. Es importante aclarar que un abogado militar siempre será asignado al acusado durante cualquier procedimiento judicial, sin embargo, esto no obliga al acusado a dejar que ese abogado lo defienda, en caso de que el acusado cuente con recursos propios para pagarle a un abogado civil de su preferencia, este podrá representar al acusado no solo en la primera instancia sino también durante el proceso de apelación.

Tercer nivel de apelación

El último nivel de apelación, antes de que el caso sea referido a la Corte Suprema de la nación, es la más alta corte del sistema de justicia militar, la Corte de Apelación de las Fuerzas Armadas (CAFA). Está compuesta por abogados civiles, nombrados por el presidente y confirmados por el Senado de los Estados Unidos, (10 *United States Code* 942 (b)), por términos de dieciséis años. Esta corte de tercera instancia escucha casos provenientes de las cuatro cortes de apelación de las ramas militares. En general, CAFA tiene completa discreción en decidir cuáles casos evaluar, solo existen dos circunstancias en las que esta corte debe aceptar un caso: uno, en casos donde la Corte de Apelación de segunda instancia ha afirmado la pena capital; dos, cuando el TJAG ha pedido específicamente que la corte evalúe un caso que ya ha pasado por la corte de segunda instancia, (10 *United States Code*. 867 (a) (1),(2)). La evaluación hecha por CAFA es de un carácter limitado, en otras palabras, solo escucha casos que han sido aprobados por la autoridad convocatoria después de un juicio de primera instancia, y que después

ha pasado por todo el proceso de apelación de la segunda instancia.

Apelación a la Corte Suprema

La autoridad para que un acusado en el sistema de justicia militar pueda apelar su caso a la Corte Suprema de la nación fue legislada por el Congreso Nacional en 1984, cuando se dio el *Military Justice Act de 1983*, hasta ese momento, CAFA había sido el último nivel de apelación disponible a un acusado militar. Bajo la autoridad de este acto, un acusado puede apelar su caso a la corte en dos instancias: la primera envuelve casos capitales ya afirmados por CAFA; la segunda, envuelve casos que ya han sido escuchados y decididos por CAFA (Barry, 2007).

El rol de la autoridad convocatoria

La autoridad convocatoria tiene un rol central en el sistema de justicia militar, esto significa que el comandante militar del acusado es el que llama a la formación de una corte de primera instancia y en caso de que el acusado decida ser juzgado por un jurado militar, seleccionará a los oficiales y suboficiales asignados a su mando que tomarán parte en el procedimiento. La selección de un panel de candidatos para servir como miembros de un jurado militar generalmente ocurre una vez al año, los oficiales seleccionados son informados que cuando la autoridad convocatoria así lo requiera, estos deben hacerse disponibles para servir en un jurado. La autoridad convocatoria también estará al mando, en algunas instancias, del equipo que investiga el crimen, costeará de su presupuesto los gastos que el juicio genere y miembros de su oficina jurídica usualmente harán la recomendación para proseguir con el juicio.

Una vez que la autoridad convocatoria transfiera el caso al circuito judicial, este asignará a uno de sus jueces para presidir sobre el caso. La autoridad convocatoria no interferirá con el proceso judicial de ninguna manera,

bajo pena de que el proceso sea suspendido parcial o completamente por el juez militar. Sin embargo, la autoridad convocatoria mantendrá la prerrogativa de otorgar inmunidad a los testigos y llegar a un acuerdo antes, durante o después del juicio. Presentada toda la evidencia durante el juicio, el juez o jurado militar emitirán un fallo y una sentencia que será remitida a la autoridad convocatoria para su aprobación final. La autoridad convocatoria podrá revisar o modificar la sentencia de la corte o jurado, siempre y cuando esta revisión o modificación sea a favor del acusado (*Código de Justicia Militar*, art. 60°, (2012)).

El poder de revisar o modificar sentencias post *US vs. Wilkerson*

El 27 de febrero de 2013, el teniente general Craig Franklin, la autoridad convocatoria de la tercera región de la Fuerza Aérea estadounidense, en Aviano, Italia, ejerció su autoridad de revisar o modificar la sentencia del teniente coronel James H. Wilkerson III, un piloto de combate que había sido encontrado culpable de asalto sexual y sentenciado a un año de cárcel y expulsión inmediata de la fuerza aérea (Star and Stripes, 2013). La decisión generó una reacción sumamente negativa por parte de la sociedad civil y entre varios miembros del cuerpo parlamentario. El Ministro de Defensa, Chuck Hagel, ha propuesto una enmienda al artículo 60° que eliminará la discreción de las autoridades convocantes para revisar o modificar la sentencia de un jurado o juez militar. La propuesta del Ministro de la Defensa ha encontrado apoyo en ambas cámaras del congreso y de convertirse en ley, debería considerarse uno de los cambios más trascendentes en el código de justicia militar desde la decisión de la corte suprema en el caso *Solorio*.

El futuro

El cuerpo de abogados del ejército de los Estados Unidos continuará sirviendo las necesidades de los comandantes, así como lo ha

hecho por casi 240 años. Es difícil de predecir exactamente el tipo de impacto que los cambios al *artículo 60°* del código traerán, pero el comandante continuará siendo el componente central del sistema. La polémica generada por la decisión de la autoridad convocatoria en el caso del teniente coronel James H. Wilkerson, III, no fue por sí misma lo que impulsó este último esfuerzo de reforma, por casi una década; los altos índices de asalto sexual, combinados con una percepción entre congresistas y el público en general de que no se están castigando estos casos de la manera que se deberían, han sido los catalizadores de este cambio. Los abogados del cuerpo jurídico responderán a este nuevo reto con su usual amor a la misión, demostrando como lo han hecho durante más de una década de operaciones desplegadas, que los hombres y mujeres del cuerpo jurídico del Ejército de Estados Unidos han sido seleccionados y entrenados para crecer a la altura de cualquier reto.

Bibliografía

- AMERICAN BAR ASSOCIATION, (2012), ABA Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools 2012-2013, Section of Legal Education and Admission to the Bar, ABA Publishing.
- APPLE, J.G. & DEYLING, R.P., (1995), A Primer on the Civil-Law System. Inter-judicial Affairs Office, Federal Judicial Center.
- BARRY, K. (2002), A Face Lift (and much more) for an Aging Beauty: The Cox Commission Recommendations to Rejuvenate the Uniform Code of Military Justice, 2002 L Rev. M.S.U, D.C.L 57.
- HENNING, A.C. (2009), Supreme Court Appellate Jurisdiction Over Military Court Cases, Congressional Research Service, 5 March, 2009.
- LAWRENCE v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
- O'CALLAHAN v. Parker, 395 U.S. 258, 273 (1969).
- PARK, P.D., (1975), The Army Lawyer: A History of the Judge Advocate General's Corps, 1775-1975. Military Law Review, Vol. 96, 76-96.
- SOLORIO v. United States, 483 U.S. 435 (1987).

- STAR AND STRIPES (2013), Case Dismissed Against IG Convicted of Sex Assault. 27 February, 2013, Stars and Stripes.
- U.S. SENATE, (2013) Nominations in Armed Services Committee (Non-Civilian), retrieved from <http://www.senate.gov/pagelayout/legislative/one_item_and_teasers/nom_cmtten.htm>.
- U.S. Army, (1992), U.S. Army Regulation 27-26, Dated 1 June, 1992.
- U.S. Army, (2011a), U.S. Army Regulation 27-1, Dated 30 September, 2011.
- U.S. Army, (2011b), U.S. Army Judge Advocate General's Corps Publication 1-1, Personnel Policies. 15 October, 2011. Retrieved from <<https://www.jagcnet.army.mil/852574980060C8F3>>.
- U.S. Army, (2011c) U.S. Army Regulation 27-10, Dated 3 October, 2011.
- U.S. Army, (2013a), Judge Advocate Recruiting Website, go to hyperlink: <<https://www.jagcnet.army.mil/SITES/jaro.nsf/homeContent.xsp?open&documentId=F7CF74D9F92616FE85257B2D004EF3F6>>
- U.S. Code, Title 10, Chapter 47, as amended 28 USC 2101 (2012).
- U.S. Code, Title 10, Manual de Cortes Marciales, Capítulo II, Jurisdicción, Regla 201, (2012).
- UNITED STATES v. Marcum, 60 MJ 198, 205 (C.A.A.F. 2005).
- THE SUPREME COURT OF TEXAS (2013), Rules Governing Admission to the Bar of Texas, Texas Board of Law Examiners. <http://www.ble.state.tx.us/Rules/NewRules/rulebook_toc.htm>
- THE STATE OF TEXAS, (2003), Texas Government Code, Title 2, Judicial Branch, Subtitle G, Attorneys, Chapter 82, Licensing of Attorneys, Subchapter A, Board of Law Examiners.
- THE STATE OF TEXAS, (1993), Texas Penal Code, Section 38.123.

LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN COLOMBIA

Un sistema eficaz de administración de justicia

*Coronel Camilo Andrés Suárez Aldana**

He dedicado un largo tiempo de mi vida al ejercicio profesional del derecho en la jurisdicción penal militar, por lo que la experiencia adquirida me lleva a reflexionar respecto a si el nivel de entendimiento y precisión conceptual de lo que es el fuero y de la jurisdicción penal militar, obedece más a posturas de tipo ideológico, a opiniones que se emiten como respuesta a coyunturas sociales o políticas, lamentablemente a veces parcializada, que al nivel de conocimiento serio, objetivo y científico jurídico que demanda el instituto y la jurisdicción especializada en el estado social de derecho. No es extraño escuchar en diversos escenarios propuestas discursivas que convergen en la máxima: “hay que fortalecer la justicia militar, hay que recuperarla“, y de inmediato nos preguntamos: ¿recuperar qué?, ¿de manera objetiva y efectiva qué se debe fortalecer?, ¿acaso la imprecisión conceptual de lo que persigue el fuero de las fuerzas armadas y la razón de ser de la jurisdicción penal militar, es un problema normativo o interpretativo? Sin duda una primera propuesta de solución corresponde a la imperiosa necesidad de que el derecho penal militar regrese a la academia, que forme parte del pénsum desde el pregrado en la formación del profesional del derecho, y desde allí se inicie su ilustración, estudio, crítica, construcción, profundización y mejoramiento; evidentemente este es el escenario natural de discusión y enriquecimiento del conocimiento científico, que lo liberaría de los sesgos políticos, ideológicos y recuperaría su discernimiento académico.

Si bien es cierto el fuero militar y la jurisdicción especializada en Colombia tienen más de doscientos años de existencia, también lo es que en ese

* Magistrado del Tribunal Superior Militar - Colombia.

desarrollo histórico algunos sucesos marcaron su infundada comprensión, lo que ha generado en el imaginario social una equivocada percepción y entendimiento que estamos tratando de superar y por ello el proceso de cambio que se inició en nuestro país en el año 2000, dando paso a un nuevo despertar, lo que conlleva el aludido posicionamiento de esta área del conocimiento en la academia, la adecuada formación y capacitación del fiscal y juez militar. Comprendemos que la sociedad del común no discierna sobre el alcance y límites de nuestra jurisdicción, pero que la fuerza pública, abogados, o a veces la judicatura, quienes tienen que emitir pronunciamientos sobre la materia, evidencien imprecisión conceptual respecto de esta temática, nos deja preocupados y por decir lo menos, perplejos.

Nuestra reflexión a título de prolegómeno, concita a hacer una breve referencia de lo que ha sido el fuero militar, institución tan antigua como la tradición de los ejércitos, la historia de los estados, lo que exige precisar, en rigor dogmático, que en todo momento histórico el fuero no está concebido para proteger personas, como algunos erróneamente lo consideran, sino para la preservación y amparo de instituciones fundamentales en una sociedad; otra cosa es que se predique o se invoque como derecho y garantía procesal respecto de individuos. De igual manera, debe llamarse la atención que el fuero militar y de suyo la justicia penal militar en Colombia no pueden ser medidas con el mismo rasero y realidades de otras latitudes, como acontece al tomar marcos de referencia o comparación a partir de países totalmente en paz o, a contrario, como cuestionable expresión de dictaduras; pues no debe olvidarse que en Colombia el fuero militar y la jurisdicción especializada siempre han sido expresión de la voluntad del constituyente primario; basta con evocar su presencia desde los albores de la República donde se evidencia que el fuero militar

siempre ha tenido creación constitucional, v. gr., desde las ordenanzas de Carlos III se acogió el modelo español en la Constitución de 1811 disponiéndolo en el artículo 1 del título VIII. En el año 1838 se redactó el proyecto de Código Militar de Santander y en 1832 se pronunció el constituyente nuevamente sobre el tema en la Carta Política de 1832; en 1859 se creó el Código Penal Militar para los Estados Unidos de Colombia y mediante Ley 35 de 1881 se organizó lo relativo a la justicia penal militar.

La Constitución Colombiana de 1886 nuevamente consagró el fuero militar en el artículo 170 con el siguiente mandato: “De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”, se destaca que el fuero militar únicamente tenía como destinatario la fuerza militar, esto es, el ejército, la armada y la fuerza aérea; se determina igualmente que el fuero lo componen los elementos objetivo y subjetivo, pero se hacía extensiva la órbita de aplicación del fuero militar o policial en la causa, ocasión y relación con el servicio. Resulta oportuno señalar que en la Ley 28 de 1905 se otorgó competencia a la justicia penal militar para conocer de delitos comunes, vale decir, los consagrados en el Código Penal Ordinario, cometidos por militares. Mediante Decreto 1426 de 1954 se incorporó, por efectos coyunturales y vía legal, a la Policía Nacional.

Bajo el imperio de esta carta magna se promulgaron varios códigos penales militares como el establecido en el Decreto 0250 de 1958, que fue el primer estatuto penal que preceptuó los delitos contra el derecho internacional, y concibió la parte civil¹ en el proceso penal militar; posteriormente el Decreto 2550 de 1988 difundió un Código Penal de tamiz causalista y con un esquema procesal de tendencia inquisitiva.

1 Representante de la víctima.

Con la Constitución de 1991, promulgada el 4 de julio, se adopta el modelo de Estado Social de Derecho, donde prevalece el valor ético normativizado de la dignidad humana, el catálogo de derechos fundamentales, modificándose la estructura y fines del Estado, en el que se coloca este al servicio del hombre; el valor supremo, como es la justicia, la facultad de detentarla y dirigirla se prevé en el artículo 116 estableciendo que administra justicia en Colombia la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia, los tribunales, los jueces, la fiscalía y la **Jurisdicción Penal Militar**, siendo importante señalar que a partir de allí se concibe el principio rector de juez natural. Obsérvese el fundamento de la administración de justicia, génesis de los presupuestos de jurisdicción. Competencia, se ubica en el título de estructura del Estado, por lo que resulta errado que la facultad otorgada a la justicia militar se ubique en el Poder Ejecutivo, toda vez que lo que allí se sitúa es el artículo 221 Superior, que reconoce el derecho al fuero, sus elementos. El precitado canon de la nueva constitución modifica el concepto de lo militar y policial, al definirlos como fuerza pública, integrada por los militares y Policía Nacional, así, todo delito militar o común cometido por uno de sus integrantes, en servicio activo y relacionado con el servicio, será de competencia exclusiva de la justicia penal militar. Dispuso el constituyente primario:

“De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”.

Consecuente con lo anterior, se ha promulgado la Ley 522 de 1999 y ahora la Ley 1407

de 2010 actual Código Penal Militar, que consulta un nuevo modelo de justicia penal militar caracterizado por separar de la línea de mando a quienes la integran, jurisdicción constituida por oficiales abogados del cuerpo de justicia castrense, conforme lo previó el Decreto 1790 de 2000, y civiles de la misma jurisdicción que actúan en la fase de investigación y calificación, con participación imperativa y activa de la Procuraduría General de la Nación como representante de la sociedad y concebido como Ministerio Público; prescribió igualmente el legislador la defensa técnica y la presencia de la parte civil como representante de la víctima. Esta nueva normatividad penal militar, dispuesta en la citada Ley 1407 de 2010, se caracteriza por ser un código acorde al programa constitucional, que consulta las actuales tendencias del derecho penal y los estándares internacionales; propone una contemporánea teoría del delito que permita la construcción de una especial dogmática penal militar, establece el sistema acusatorio caracterizado por la economía, celeridad, inmediación, concentración, contradicción y publicidad; creó la Fiscalía General Penal Militar, el Cuerpo Técnico de Investigación de la J.P.M., y la Defensoría Pública Militar.

En el año 1997 surge en el panorama jurídico del país la Sentencia C-358² donde la corte constitucional determinó cuál era el alcance del fuero militar y el ámbito de competencia de la justicia penal militar, precisando que aquel solo aplica para delitos que tengan una relación con el servicio y reiterando que el vínculo debe ser directo y próximo con la función militar o policial. Así, los elementos del fuero corresponden al subjetivo personal y objetivo funcional, aquel comporta estar en servicio activo y este que la conducta tenga origen en un acto del servicio; por ello el concepto servicio no puede ser visto obtusa o restrictivamente sino a partir de la multiplicidad de actos que ejecuta el miembro de la fuerza pública para

alcanzar la finalidad constitucional consagrada en los artículos 2°, 217° y 218° de la Carta Magna, esto es, el acto del servicio es el camino para lograr el fin constitucional que justifica la existencia de la fuerza pública, por ello se entiende el acto del servicio y se dimensiona el concepto de función que permite concebir las conductas de conocimiento de la justicia penal militar, como lo indicó nuestra corte constitucional: “En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme del militar, por sí solo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar”³.

86

Significa lo anterior que el acto del servicio, *per se*, es lícito y lo que ocurre es que se aprovecha de este; el ejercicio de la función para cometer el delito, es el acto del servicio, entendido en esa dimensión propuesta en precedente acápite, el que brinda la oportunidad para delinquir, para extralimitarse, lo que genera el claro vínculo de origen que lleva a que haya relación con el servicio y consecuentemente competencia de la justicia especializada para conocer del punible, postulado que ratificó la corte constitucional en sentencia C-878 de 2000, pero precisando, al estudiar el artículo 3° del Código Penal Militar, que delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, en ningún caso tienen relación con el servicio, lo que fue complementado en el artículo 3° de la Ley 1407 de 2010 “Nuevo Código Penal Militar”, modificado por el **Acto Legislativo 02 de 2012 que estableció que los delitos de genocidio, lesa humanidad, tortura, desaparición forzada, desplazamiento forzado, violencia sexual y ejecución extrajudicial en ningún caso son de competencia de la justicia penal militar.**

Consecuente con lo anterior, los artículos 7 y 171 de la Ley 1407 de 2010, vigente desde el 17 de agosto de la misma anualidad, establece que son de conocimiento de la justicia penal militar los delitos previstos en el Código Penal Militar, los dispuestos en el Código Penal Común u ordinario y las normas que los modifiquen, adicionen o complementen; siendo oportuno recordar que desde 1905 en Colombia la justicia militar conoce de delitos comunes, postulado que replica la parte procesal de la ley penal militar al señalar en el citado artículo 171°: “Delitos comunes. Cuando un miembro de la fuerza pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el Código Penal Ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar”. Se precisa aquí una vez más la competencia de la jurisdicción penal militar en punto del conocimiento de delitos especiales y comunes, se reitera el juez natural, y además se establece la garantía procesal de ser examinada la conducta para determinar la ocurrencia del injusto y la eventual responsabilidad conforme el procedimiento previsto en la ley penal militar.

A pesar de lo anterior, los vacíos normativos y la imprecisión conceptual llevaron a que se modificara nuestra Constitución Política, para delimitar la competencia de la justicia militar y la ordinaria, incorporar el concepto de justicia penal policial, precisar el juez natural, los delitos de conocimiento y cuáles no son de esta justicia penal militar o policial, crear un tribunal de garantías penales, una comisión técnica de coordinación; establecer los principios de autonomía e independencia de la justicia especializada, entre otros aspectos; así, el Acto Legislativo 02 de 2012, vigente desde el 27 de diciembre, mantuvo incólume el alcance y límites del fuero, dispuso que los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, salvo los siete injustos excepcionados y citados en el acápite anterior, son de co-

3 Corte Constitucional C-358 de 1997. Artículo 46° Ley Estatutaria que desarrolla el Acto Legislativo 02 de 2012-2013.

nocimiento exclusivo de la justicia penal militar. En estos términos se refirió la Constitución:

“De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la justicia penal militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la fuerza pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario, una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario” (negrilla fuera de texto).

Como se advierte, el derecho aplicable al miembro de la fuerza pública que conduce hostilidades en situación de conflicto interno, es el Derecho Internacional Humanitario, en consecuencia el juez militar o civil para el caso de los siete delitos excepcionados, debe investigar (en el caso de la fiscalía) y juzgar esa conducta bajo el marco normativo del Derecho Internacional Humanitario; hablamos de los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y los dos protocolos adicionales de 1977⁴, y en el evento

4 Convenios de Ginebra I: Heridos y enfermos de los ejércitos, II: Heridos enfermos y náufragos en el mar, III: Prisioneros de guerra, IV: Personas civiles. El artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra establece: En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
b) la toma de rehenes;
c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto.

Además, las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto. Estos convenios fueron adoptados en Colombia mediante la Ley 5 de 1965.

Por su parte el Protocolo I del 8 de junio de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y adoptado en Colombia mediante la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho protocolo declarado exequible mediante sentencia C- 225 de 1995.

particular del conflicto interno de carácter no internacional, el artículo tercero común a los cuatro convenios y el protocolo II. Es oportuno recordar que la función y actividad que ejecuta el miembro de la fuerza pública dista sustancialmente de la que realiza a diario un ciudadano del común, tanto que es el único servidor público que al posesionarse jura hasta ofrendar su vida por el servicio a la nación. Un militar o policía está expuesto a riesgos permanentes, al peligro constante derivado de las operaciones militares u operativos policiales, tiene que enfrentar una amenaza real que se potencializa en un país en conflicto interno de carácter no internacional como el nuestro, está imbuido en los rigores de la disciplina, el honor, los intereses colectivos; y el servicio, que prevalece frente a su vida privada, social y familiar; lo que en procura de garantizar el principio del Juez natural se requiere de la jurisdicción especializada y de un funcionario con conocimiento específico y a la vez amplio del complejo medio militar y policial del ejercicio de la función, del alcance del servicio. Sin duda, como lo ha señalado la propia corte constitucional en sentencia C-676 de 2001⁵, para ser funcionario de la Justicia Penal Militar se ha de conocer de la actividad castrense y policial, demanda un discernimiento particular y especial⁶ no sólo en derecho penal (por ello al funcionario de justicia penal militar se le exige ser abogado y como mínimo ser especializado en derecho penal⁷), sino que el Juez Militar debe conocer, por sólo citar unos ejemplos: de la naturaleza de los bienes jurídicos que se tutelan, del servicio de guarnición, de actividades de instrucción y entrenamiento, ejercicio del mando, logística, comunicaciones, operaciones militares, etc., así como de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho

Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los conflictos armados. La realidad que vive Colombia hace que los miembros de la fuerza pública estén en constante situación operacional, como ningún ejército en occidente, lo que de suyo conlleva a que tal actividad genere efectos jurídicos, siendo imperativo destacar que conseguir el accionar operacional demanda todo un tren administrativo, logístico, de instrucción y entrenamiento, de administración de recurso humano, de bienes y servicios, de inteligencia, etc., situaciones que también comprenden el concepto servicio.

Se equivocan los que conciben la justicia militar como un instrumento de comando o de naturaleza disciplinaria, pues se trata de un sistema de administración de justicia, conforme al artículo 116 Superior, que tutela bienes jurídicos fundamentales para la sociedad militar, policial y del común, con competencia para afectar derechos fundamentales⁸ e imponer sanciones de carácter penal como es la pena de prisión hasta sesenta años. De otra parte, la responsabilidad de un juez militar es penal no administrativa, está sometido única y exclusivamente al imperio de la constitución y la ley⁹; las decisiones de la justicia penal militar son susceptibles del recurso de apelación ante el tribunal superior militar y como organismo de cierre la sala de casación penal de la Corte Suprema.

La corte constitucional en sentencia C-591 de 2005 y C-928 de 2007, precisó que la Fiscalía General de la Nación no es competente para investigar a un miembro de la fuerza pública que comete delito en ejercicio de su función sino que la competencia radica en la justicia penal militar. No puede olvidarse que la función de la fuerza militar y policial, precisamente es por fuera de los cuarteles, brigadas o estaciones de

5 Corte Constitucional MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

6 Sentencia C-178 de 2000. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

7 Ley 940 de 2005 ingreso, ascensos y evaluación en la justicia penal militar.

8 C-928 de 2007.

9 Art. 228 y 230 de la Constitución Política.

policía, si se tiene en cuenta que los derechos de los ciudadanos, de los habitantes de un país, la **defensa de la soberanía**, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, solo se alcanzan, y máxime en un país en conflicto, desplegando las tropas a lo largo del territorio nacional, por lo que se equivocan quienes entienden que en el ámbito normativo de la ley penal militar, su competencia y expresión foral únicamente se da al interior de la fuerza pública para cohesionarla o disciplinarla. Tal entendimiento es de interés nacional, no meramente de una institución o de concepción particular, la disciplina es uno de los medios para lograr el fin constitucional que justifica la existencia de la colectividad militar y policial en un país, no un fin en sí mismo. Bajo este entendido lo que hace excepcional a la justicia militar o policial, en punto de la competencia y juez natural, corresponde al destinatario de la norma y el juez que la aplica.

En suma, se pone en riesgo el principio de legalidad, el debido proceso, el derecho de defensa, el juez natural; la pronta, efectiva, justa y verdadera justicia, cuando en la formación del abogado, de quien debe administrar justicia a militares o policías, por delitos cometidos en relación con el servicio, no cuenta con una adecuada formación en derecho penal, constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario y, particularmente en ciencias militares y policiales, en sus procedimientos altamente técnicos y especiales. Razón por la cual la constitución colombiana estableció el tribunal de garantías penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, y ejercerá las siguientes funciones: de manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la fuerza pública, para verificar el respeto y/o afectación a sus derechos fundamentales; de igual forma ejercer control formal y material a la acusación penal contra miembros de la fuerza pública, y de manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción

penal militar. El tribunal de garantías estará integrado por ocho (8) magistrados, cuatro (4) de los cuales serán miembros de la fuerza pública en retiro. Lo que sin vacilación permite que esa composición mixta brinde el conocimiento de materias tan especiales y que finalmente apunte hacia una pronta, efectiva y cumplida justicia.

Concibió el Acto Legislativo 02 de 2012 que si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la fuerza pública, “ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la justicia penal militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial”, para establecer de manera oportuna cuándo una conducta típica ha de ser conocida por aquella o esta, dejando su diseño, composición y funcionamiento a una ley estatutaria, comisión que no emite decisión jurisdiccional vinculante sino que expone un concepto, que no conspira contra los principios de legalidad y culpabilidad.

Estableció igualmente el citado acto legislativo que la ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un código penal policial. Asimismo, que la ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la justicia penal militar y que, además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

Así, por mandato del Acto Legislativo 02 de 2012, que modificó la Constitución Política de Colombia en sus artículos 116, 152 y 221, este se ha de desarrollar por ley estatutaria en los siguientes aspectos: criterios de armonización entre derecho internacional humanitario y derecho interno, principios de autonomía e independencia de la justicia penal militar y policial, tribunal de garantías, y comisión técnica de coordinación; normatividad que ya fue aprobada por el Congreso de la República y que se encuentra en control automático en la corte

constitucional. Resulta oportuno precisar que lo que se ha de armonizar corresponde a estructuras de imputación del derecho penal nacional, con el derecho internacional humanitario, para la investigación, acusación y juzgamiento de miembros de la fuerza pública y concertar estas estructuras de imputación con los deberes y las permisiones establecidas en el derecho internacional humanitario, así como con la realidad de las operaciones militares y procedimientos policiales.

Comporta lo anterior, particularmente precisar estructuras de imputación, de responsabilidad o de ausencia de esta respecto a la posición de garante del militar o policía, la responsabilidad del superior militar o policial por las conductas de los subordinados, lo que significa las de estructuras jerárquicas ilegales en punto de fenómenos de autoría, participación o autoría mediata; igualmente lo atinente a la ausencia de responsabilidad y sus reglas de

interpretación. Exige también el estudio de armonización que se postula, la ausencia de responsabilidad por error, por cumplimiento de órdenes superiores frente a fenómenos de disposiciones que no son manifiestamente ilícitas, la legítima defensa en situación de hostilidades y la ausencia de responsabilidad por conductas ejecutadas por la fuerza pública respetuosa del derecho internacional humanitario, que en últimas conllevaría fenómenos de atipicidad.

Como se puede advertir, toda esta arquitectura normativa de diferente nivel apunta al fortalecimiento y eficacia de la administración de justicia especializada, como es la penal militar y policial, que propende a través de sus decisiones judiciales alcanzar la efectividad, brindarle a la fuerza pública y a la sociedad un sistema de administración de justicia, fortalecido, consecuente con las necesidades y realidades sociales del momento, garantista, célere, efectiva y creíble.

APUNTES PARA UN ESTUDIO ACERCA DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ

*Mayor General FAP Arturo Antonio Giles Ferrer**

Motiva las presentes reflexiones un estudio tan antiguo como valioso de don Domingo García Belaunde, intitulado “Cómo estudiar derecho constitucional”, que se puede encontrar en la revista *Derecho* de la Pontificia Universidad Católica del Perú de diciembre de 1985, páginas 177 a 189, actualizado en otro artículo “¿Qué estudiar? ¿Qué escribir?”, desde la perspectiva del derecho constitucional”, escrito en octubre de 2008, en el que el citado profesor universitario de larga trayectoria y connotado constitucionalista, se ocupa del estudio de esa disciplina, haciendo algunas reflexiones respecto del derecho constitucional que bien se pueden aplicar a la justicia militar así como la introducción, planteamiento, metodología y objetivos del trabajo de investigación para obtener el diploma de estudios avanzados en la facultad de Ciencias Sociales en la Universidad Castilla de la Mancha, Toledo, España 2010, 213 pp., intitulado “La jurisdicción militar en el Perú: Desarrollo histórico y problemática actual”, cuyo autor es Francisco Rogger Carruitero Lecca.

“Odio los libros” decía Juan Jacobo Rousseau, el autor de *El contrato social*, “solo nos enseñan a hablar de lo que no conocemos”, pues a decir del cantor de la pampa argentina, Atahualpa Yupanqui, “la vida tiene otras letras”.

Este ensayo no tiene pretensiones académicas, pero parafraseando a Armando Zubizarreta, en el prólogo de su importante obra *La aventura del trabajo intelectual*, Fondo educativo interamericano, México, 1969; tampoco “aspira a reposar en los anaqueles de las bibliotecas”, “sino a vivir” y por qué

* Vocal Supremo de la Sala de Guerra del Tribunal Supremo Militar Policial, Doctor en Derecho y Ciencia Política.

no, “a envejecer” dignamente al lado de quien se aproxima a esta fascinante disciplina jurídica. Se trata de invitar a la reflexión respecto del estudio y aplicación de la justicia militar en el Perú, que pese a su antigua raigambre de más de cinco siglos, ha generado en los últimos años polémica respecto incluso de su existencia misma, cuando no de los límites de su aplicación, en el marco del estado de derecho constitucional que se postula para el Perú.

La justicia militar en nuestro medio y en general en varios países de la región andina se da por conocida, lo que permite que cualquiera emita juicios u opiniones sobre ella, dejando de lado sus particularidades y sobre todo su estrecha vinculación a la fuerza armada como el barro a las botas de los soldados y desconociendo también que la fuerza armada, “alma de la nación”, como diría Hitler en *mi lucha*¹ está unida al país como la violencia lo es a la historia de la cual es su partera, a decir de Karl Marx.

El panorama es desolador, pues parafraseando a García Belaunde, existe una legión de improvisados que hablan acerca de la justicia militar por el solo hecho de tener un micrófono al frente o que lo hacen de oídas y que pontifican ante personas no muy bien informadas y que obviamente no calculan los errores conceptuales que cometen, particularmente cuando se dedican al periodismo cotidiano o sucumben al requerimiento de escribir artículos para la cantidad, cada vez mayor, de revistas jurídicas de divulgación o pretendida actualidad para los abogados, en donde la calidad no siempre está presente. Ello es a la evidencia penosamente cierto.

Lo anterior no obsta, para que cada uno, en tanto persona, tenga sus propias opiniones prejuiciadas o no, sobre la justicia militar, unas mejor documentadas que otras, pero siguiendo al autor citado, esto como parte del bagaje personal, no para difundirlo como capillo en bau-

tizo. Salvando las enormes distancias, lo mismo ocurre con los colegas que, por ejemplo, ejercen en aspectos civiles o laborales, pero que no se consideran autoridades académicas en esas materias, ya que uno es el nivel profesional y otro el académico, y diferente y a otro nivel, la información cotidiana que maneja el ciudadano de a pie, que forma parte de su cultura en general y de sus charlas de café y que no es precisamente la más apropiada.

El tema militar es multidisciplinario y especializado y en él no hay lugar a la improvisación, y es que como dice don José Ortega y Gasset en su *España invertebrada*, “Medítese sobre la cantidad de fervores, de altísimas virtudes, de genialidad, de vital energía que es preciso acumular para poner en pie un buen ejército. ¿Cómo negarse a ver en ello una de las creaciones más maravillosas de la espiritualidad humana? La fuerza de las armas no es fuerza bruta sino fuerza espiritual. Solo quien tenga de la naturaleza humana una idea arbitraria tachará de paradoja la afirmación de que las legiones romanas y como ellas todo gran ejército, han impedido más batallas de las que han dado. El prestigio ganado en combate evita otros muchos, y no tanto por el miedo a la física opresión, como por el respeto a la superioridad vital del vencedor”.

La legitimidad democrática de la justicia militar se deriva de la propia legitimación democrática de la constitución, en la que ésta se entroniza. De ahí se desprende que la justicia castrense se fundamente en la estricta sujeción al programa penal de la constitución, a los principios constitucionales del proceso y al sistema de defensa nacional, atendida la circunstancia de que la teleología que la anima es la protección de bienes jurídicos militares como la disciplina, sin la cual no puede hablarse con seriedad de fuerza armada, en un contexto de respeto irrestricto a los derechos humanos de sus integrantes.

1 La cita no impide mostrar nuestro desacuerdo con la pobre visión de la vida y del hombre que se describe en la mencionada obra.

tes y al cumplimiento de los roles constitucionales de las fuerzas armadas, los cuales apuntan a garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, en el contexto del Estado de Derecho Constitucional.

Es del caso puntualizar la importancia del nexo entre el principio de separación de poderes y la justicia militar. Al primero se le reconoce según Carruitero, en la actividad estatal ordinaria funciones de muy diferente naturaleza material que si bien en su formulación clásica eran reconducibles a tres: legislar (legislativa), gobernar con arreglo a ley (ejecutiva) y resolver los conflictos que pudieran suscitarse en la aplicación e interpretación de las leyes (judicial), actualmente, la teoría del estado nos enseña que el poder, elemento del estado, está distribuido en órganos que son muchos más que tres, los cuales se controlan entre sí (controles interórganos) y al interior de cada uno (controles intraórgano), de acuerdo con la conocida tesis de Karl Loewenstein en su *Teoría de la Constitución*. Para el caso peruano, el Estado Constitucional tiene base en la Constitución Política del Perú de 1993, concretamente en el artículo 43° del título II: “Del Estado y la Nación”, donde se regula que el gobierno se organiza según el principio de la separación de poderes².

De otro lado, la potestad de administrar justicia que, a decir del art. 138° constitucional, emana del pueblo –y podemos afirmar sin temor a equivocarnos que ese baño de legitimidad, indispensable en democracia, se aplica también a la justicia militar–, debe entenderse como aquel fin primario del estado consistente en dirimir los conflictos. Carruitero recuerda no sin razón, que ante la superación de la barbarie que significa hacer justicia por mano propia –salvo en los casos de legítima defensa, estado de necesidad o de derecho de retención–,

corresponde al estado en *El contrato social* de Juan Jacobo Rousseau, resolver las controversias que surgen entre los ciudadanos. En dicho contexto, el justiciable tiene la posibilidad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del estado para que se le haga justicia. De ahí se colige con claridad meridiana, que los caracteres indispensables para el ejercicio de la función jurisdiccional son exclusividad, independencia, responsabilidad, unidad, observancia del debido proceso, publicidad y cuanto enumera el artículo 139° de nuestra carta.

Pese a las inevitables coincidencias respecto del respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los procesados, como lo prueba la implantación del sistema procesal acusatorio contradictorio que algunos estudiosos denominan más bien, adversarial, que actualmente se aplica en su totalidad en la justicia militar y se está incorporando parcialmente en la justicia penal común, existen sustanciales diferencias entre fuero común y justicia militar, pues para el primero el énfasis está en la persona del delincuente, al que hay que resocializar, mientras que para la segunda el punto de inflexión está en el potencial bélico de la nación, el que hay que preservar a toda costa. Esta diferencia de enfoques resulta crucial a la hora de aproximarse a un tratamiento serio, profesional y desapasionado de la justicia militar en el Perú y el mundo.

El modelo de justicia militar que adopta un estado tiene que ver también con la concepción que se tenga de las fuerzas armadas. En democracia existen dos caracterizaciones de la fuerza armada, administrativista e institucionalista. Caracteriza la concepción administrativista de la fuerza, su ubicación como órgano de ejecución del Poder Ejecutivo, en general, y del Ministerio de Defensa, en particular, sin ápice de autonomía. Esta concepción es propia

2 Expediente N° 0023-2003-PI/TC. La doctrina de la separación de poderes, que fue esbozada por John Locke, expuesta por Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu y la Brède en su importante obra *El espíritu de las leyes*, y complementada en el siglo XX por Karl Loewenstein en su *Teoría de la Constitución*, tiene por esencia evitar, entre otras cosas, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice función jurisdiccional y con ello desconozca derechos y libertades fundamentales.

de los países que perdieron la Segunda Guerra Mundial como Alemania o Japón y de aquellos otros que sin haberla perdido quedaron sumamente afectados como Francia, que reduce sustancialmente cuando no desaparece a la justicia castrense; frente a la cual tenemos la concepción institucionalista que piensa a la fuerza armada como una institución, incluso con autonomía normativa como sugiere el art. 168° de la Constitución Política del Perú, lo que robustece a la justicia privativa. Solo que en nuestro medio dicha caracterización se mezcla con la administrativista contenida monótonamente en las sucesivas leyes del Ministerio de Defensa y también en la reciente Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1134 del 09 de diciembre de 2012, que considera a las instituciones armadas como órganos ejecutores del Ministerio de Defensa, el cual es parte del Poder Ejecutivo.

políticas y sufrido fluctuaciones diversas, en razón de los distintos sucesos históricos del país, la posición de las fuerzas armadas y las orientaciones legislativas imperantes³.

El fenómeno descrito se explica, además, en las abruptas relaciones cívico-militares que han caracterizado nuestra historia republicana y que deben ser materia de un tratamiento aparte, así como en el escaso interés que despierta en las facultades de derecho del país el estudio de esta disciplina y también en la circunstancia de que los estudios e investigaciones referentes a la justicia militar en el Perú son aún incipientes y han sido, como dice Carruitero, realizados en especial por académicos e investigadores vinculados a la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Nacional de Trujillo. Asimismo, instituciones como la Defensoría del Pueblo, el Instituto de Defensa Legal y el Consorcio Justicia Viva; estos estudios apuntaban a proponer la desaparición de la justicia militar en tiempo de paz⁴, lo que se polariza con aquellos estudios que se orientan a un mantenimiento de la justicia militar en tiempos de paz y

De otro lado, coincidimos con Carruitero cuando afirma que los ámbitos del derecho militar, del derecho penal militar y de la justicia militar han pasado por circunstancias socio-

3 Es útil mencionar que el Dictamen N° 08 de fecha 25 de septiembre de 2007, aprobado por unanimidad por la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas, cuya Presidenta era la congresista Mercedes Cabanillas de la Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA), tomó en cuenta el aspecto de las coyunturas políticas, p. 3.

4 Los siguientes son los principales estudios e investigaciones en materia de jurisdicción militar: ABAD YUPANQUI, Samuel, Garantías constitucionales: delimitando las fronteras de la justicia militar. En: Debate defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo N° 1. Lima, setiembre de 1998. AZABACHE, César. Sobre la pena de muerte. En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. Serie: Lecturas sobre temas constitucionales 10. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994. De nuevo la justicia militar. En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. Serie: Lecturas sobre temas constitucionales 10. Lima: Comisión Andina de juristas, 1995. BERNALES BALLESTEROS, Enrique, Comentarios a la Constitución Política del Perú, RAO, Lima, 1999. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, El juzgamiento de civiles por los tribunales militares: Transgresión del derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial. El caso Cantoral Benavides. En: Revista peruana de jurisprudencia. Año 4, número 15, mayo 2002. CARPIO MARCOS, Edgar, La cláusula de la pena de muerte en una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (violación de la convención y responsabilidad internacional). En: Apuntes de Derecho. Año I, N° 1. Lima: Editorial "San Marcos", octubre 1996. CARRUITERO LECCA, Francisco, Rogger: "La jurisdicción militar en el Perú: Desarrollo histórico y problemática actual", Toledo, España, 2010, 213 pp., DE BELAUNDE, Javier. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú. En: Meta política. Volumen 2, número 7. México, julio - setiembre de 1998. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú. Serie informes defensoriales Informe N° 6, 57. 64, 66, 104. DONAYRE MONTESINOS, Christian. Una propuesta frente a la crisis histórica del ejercicio de la jurisdicción militar en nuestro país y la necesidad de la adecuación de sus lineamientos a los parámetros de un Estado de Derecho. En: Revista Derecho & Sociedad. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XII, N° 17. Lima, diciembre 2001. Y otros estudios. ETO CRUZ, Gerardo. El Régimen Constitucional de la Justicia Militar en el Perú. En: Dereito. Revista Xurídica da Universidade

de guerra, que fueron en minoría⁵, básicamente llevados a cabo por el entonces Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM) y algunos cuantos académicos importantes del Perú.

En muchos estados constitucionales se ha cuestionado la existencia de la justicia militar⁶ con estatuto jurídico propio y con un déficit de protección de los derechos de los militares por parte de los tribunales castrenses. Esto debido, a decir de Carruitero, a que el Perú y los demás países de la región andina acogieron el modelo español, resulta de la mayor importancia estudiar con detenimiento el caso español, con la finalidad de tener elementos teóricos y jurídicos

comparados para una correcta inteligencia de la realidad jurídica militar peruana y latinoamericana.

Otro aspecto importante que merece ser estudiado, son las resoluciones del Tribunal Constitucional peruano (TC) que ha expedido nueve sentencias vía sendos procesos de inconstitucionalidad, de las cuales las ocho primeras fueron radicales con la justicia militar, siendo la última ejecutoria de 22 de diciembre de 2009, en la cual el guardián de la Constitución, de acuerdo con la conocida frase de Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*, ha mudado su línea tendencial. Actualmente estamos un tanto

de Santiago de Compostela. Vol. 5, N° 2. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1996. La Justicia militar en el Perú. Trujillo: Empresa editora Nuevo Norte S.A Enero 2000. ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César y PALOMINO MANCHEGO, José F. La jurisdicción militar en el Perú. En: BIDART CAMPOS y PALOMINO MANCHEGO, José (coordinadores). Jurisdicción militar y constitución en Iberoamérica. Libro - Homenaje a Domingo García Belaunde. Lima: Grijley, 1997. GALVEZ MONTERO, José Francisco, La reforma de la justicia militar al compás de la constitución. En: La justicia militar en el derecho comparado y en la jurisprudencia constitucional, Palestra. Lima, 2009. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, La jurisdicción militar en América Latina (la unidad de jurisdicción en algunos países del área). En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVII, N° 13 Trujillo: Editorial Normas Legales, octubre - diciembre 1997. HURTADO POZO, José (Director) y DOIG DÍAZ, Yolanda (coordinadora). La reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2002. En este anuario se publicaron los siguientes estudios: ASENCIO MELLADO, José María. Reflexiones en torno al proceso penal militar peruano. Un proceso inquisitivo. DOIG DÍAZ, Yolanda, La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción, en: La reforma del derecho penal militar. MEINI, Iván, Observaciones en torno a la parte general del Código de Justicia Militar. PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos, Evolución legislativa de la justicia militar en el Perú, la reforma del derecho penal militar. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, El Ministerio Público en la justicia militar. SANDOVAL, Juan Carlos. Legislación de emergencia y especialidad del delito militar. SAN MARTÍN CASTRO, César. Algunos aspectos de la justicia militar (a propósito del caso peruano. LOVATÓN, David, Jurisdicción militar: Una cuestión de principios. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1998. MEINI, Iván, Objeciones al proyecto de Código de Justicia Militar. En: Legal Express. Año 3, N° 36. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2003. MORALES SARAVIA, Francisco, Comentarios sobre la sentencia de hábeas corpus a favor de Gustavo Adolfo Cesti Hurtado y las consecuencias de su tardío cumplimiento por el Consejo Supremo de Justicia Militar. En: Diálogo con la Jurisprudencia Número 14. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre 1999. RIVERA PAZ, Carlos, Justicia militar y derechos humanos. Lima, junio 2001(separata). SÁENZ DÁVALOS, Luis. Jurisdicción común vs. jurisdicción militar (reflexiones sobre la controversia funcional). En: Lecturas sobre temas constitucionales 15. Lima: Comisión andina de juristas, 1990. SAN MARTÍN CASTRO, César. Apuntes en torno a la jurisdicción castrense. En: Revista Jurídica del Perú. Año LII, N° 37, agosto 2002. SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús. Hacia una reforma de la administración de justicia en el fuero privativo militar. En: Revista del Foro. N° 2. Lima: Dirección de Comunicaciones en Informática Jurídica, 2001.

- 5 Cfr. CARRUITERO, LECCA, Francisco, La reforma de la justicia penal militar en el Perú: una mirada a los límites a la libertad de configuración penal del legislador y los recientes cuestionamientos al fuero militar, En Jus Constitucional N° 4, Grijley, Lima, 2008. GUTIERREZ, Gustavo. Justicia Militar: una posición en defensa de las competencias del Congreso de la República. En Jus Constitucional N° 4. Grijley, Lima, 2008. RAMOS ESPINOZA, Juan Pablo, Derecho Penal y Procesal Militar, Ediciones Jurídicas, Lima, 2005.
- 6 En el Perú, la Defensoría del Pueblo afirmaba que la justicia militar que durante gran parte del siglo pasado había mostrado una vocación expansiva, sufrió la exacerbadción de esa tendencia al punto que se llegó a someter a la misma a civiles por delitos comunes, como por ejemplo ocurrió con los juzgamientos en el marco del Decreto Legislativo N° 895, que regulaba los llamados delitos de "terrorismo agravado" y luego "terrorismo especial". Pero es importante

a la espera de una décima sentencia. Estas reflexiones, invitan a analizar los fundamentos contenidos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano y en la doctrina especializada, a fin de desarrollar un modelo acorde con el principio de supremacía de la constitución y la política de libertad de configuración del legislador, analizando la organización, funciones y competencia de esta justicia especial, desarrollando la naturaleza de los bienes jurídicos materia de protección en el ámbito de la justicia privativa, que tienen que ser básicamente bienes jurídicos colectivos y estar en función de los roles constitucionales de las fuerzas armadas, lo que a su vez permitirá distinguir claramente el delito de función de la infracción disciplinaria.

Los hechos históricos tampoco pueden soslayarse, pues resultan de la mayor importancia para entender la problemática actual de la justicia militar, es decir, porqué esta es como es y hacia dónde va, pues la historia, maestra de la vida como diría Cicerón, obliga a reconstruir momentos de la justicia militar no conocidos, con el propósito de comprender mejor la realidad militar actual y la ubicación en la organización del Estado peruano de una institución que ha pervivido a lo largo de la República, desde que la autoridad, al colocar las bases de la teoría clásica de la separación de poderes, reconoció la existencia de los fueros ordinario, militar, universitario y eclesiástico a través del reglamento de tribunales regulado por el decreto del 10 de abril de 1822, distinción que fue ratificada en constituciones peruanas posteriores, fueros que se batían en retirada pues colisionan con el principio de igualdad ante la ley.

Los fueros corresponden a una forma de organización del poder que es previa al estado moderno, anterior al constitucionalismo, se sustentan en la organización estamental de la sociedad, donde los derechos y las obligacio-

nes de las personas se definían en función de su pertenencia a determinada corporación o estamento y no a su condición de sujetos libres e iguales. El único fuero que ha sobrevivido es el parlamentario y no en todos los países, en Colombia por ejemplo no existe la inmunidad parlamentaria. Por ello hoy resulta discutible hablar con propiedad de un fuero militar porque es un concepto, medieval, anticuado y poco feliz, pese a que literalmente la Constitución se refiere a él en el art. 173°. Aunque en el fondo se trata solo de un asunto semántico, resulta más técnico decir jurisdicción militar especial, pues no es parte del Poder Judicial. En todo caso, esto debería ser motivo de estudios más profundos que por obvias razones exceden los límites del presente trabajo.

Como se indica en la página 9 del Informe Defensorial N° 6, “la existencia de un ordenamiento jurídico militar autónomo...” y diferente pero siempre subordinado al ordenamiento jurídico nacional es y ha sido la constante en las “sociedades a lo largo de la historia”. Por ello, los antecedentes históricos constituyen un inteligente punto de partida y pretenden ofrecer una visión global de la justicia castrense, particularmente en lo relativo a la competencia y composición orgánica de sus tribunales.

Urgen estudios serios acerca de la justicia militar en el Perú, respetuosa de los derechos fundamentales y valores democráticos, a partir de la influencia del modelo español, su desarrollo histórico y su problemática actual, en el marco del Estado de Derecho Constitucional que se postula para el país. Existen algunos manuales acerca de la justicia militar, con lo que no se cuenta es con una concepción nacional acerca de la justicia militar en el Perú, y actualmente incluso resulta de la mayor importancia desarrollar las posibilidades interpretativas del actual Código Penal

señalar que la ampliación de la jurisdicción militar obedeció a la voluntad política justificada o pretextada, lo que deberá ser materia de estudio, por circunstancias políticas y de violencia que se vivía en el Perú, pero aún en ese extremo, se deben respetar las garantías constitucionales.

Militar, aprobado por Decreto Legislativo N° 1094 del 01 de septiembre de 2010, corregir y superar sus insuficiencias que surgen a propósito de su aplicación práctica, particularmente en lo concerniente al nuevo modelo procesal acusatorio contradictorio, sistematizar la jurisprudencia de los tribunales militares y la doctrina jurisdiccional en materia penal militar policial, que guíe el accionar de los operadores jurisdiccionales y fiscales de la jurisdicción militar policial, cuya aprobación esta última, es competencia del Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial de acuerdo a lo dispuesto por el inc. 6) del art. 5° de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, modificada por la Ley 29955 del 06 de diciembre de 2012.

De otro lado, resulta necesario el análisis de la justicia militar en sus diferentes modelos y en el derecho comparado, pues el estudio extranjero de las instituciones jurídicas resulta de la mayor importancia como lo sostienen Biscaretti⁷ y Sánchez Agesta⁸, entre otros autores, atendida la circunstancia que conjuntamente con este rol formativo, la comparación cumple otras finalidades que van desde la elaboración de un concepto tipo o de un modelo (no olvidemos que ya el estagirita (Aristóteles) estudió los textos constitucionales de la antigüedad, comparándolos para inferir de sus tópicos una caracterización axiológica que posibilitara la construcción de un modelo de constitución perfecta) hasta obtener lo que se suele llamar un contraste de particularidades (el autor de *El espíritu de las leyes*, comparaba para una mejor comprensión de las particularidades de las instituciones de diferentes estados), teniendo en

cuenta que el estudio comparado es particularmente valioso de cara a repensar creativamente las instituciones, según la fuente de Pablo Lucas Verdú⁹. El aporte del derecho extranjero al terreno de la política legislativa, vale decir, de la nomotética, resulta útil, toda vez que una correcta inteligencia de la normatividad e instituciones de estados con sistemas similares es imprescindible para enfrentar los nuevos desafíos que se expresen en el sistema jurídico peruano y concretamente en lo relativo a la justicia castrense.

Este análisis debe hacerse con especial referencia a la justicia militar de España, pues según Carruitero, el Perú ha adoptado el modelo español, al extremo que la derogada Ley N° 28665 de Organización y Funciones de la Jurisdicción Especializada en lo Militar Policial, del año 2005, siguió el modelo español, que entre otros aspectos estableció una sala suprema militar al estilo de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de España, influenciado a su vez por el modelo italiano, a decir de Rodríguez Villasante¹⁰, empero esta norma fue declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional.

Como se sabe, el Perú y los países latinoamericanos se encuentran dentro del modelo europeo continental en el que también están España e Italia, que permite la existencia de tribunales de justicia militar en tiempos de paz y guerra, para el caso peruano obedece ello a la realidad social en que se vive, la presencia de grupos terroristas como sendero luminoso, en espacios territoriales como el VRAEM, para Colombia la presencia de las FARC les ha permitido desarrollar su justicia militar y su

7 Paolo BISCARETTI RUFFIA: "Introducción al derecho constitucional comparado" (Las "formas de estado" y las "formas de gobierno". Las constituciones modernas), Fondo de cultura económica, México, 1975, pág. 14.

8 Luis SÁNCHEZ AGESTA: "Curso de derecho constitucional comparado", 5ª ed., Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1973, pág. 21.

9 Pablo LUCAS VERDÚ: "Curso de derecho político", Editorial Tecnos, vol. I, Madrid, 1972, pág. 415.

10 José Luis RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: "Estudio de derecho comparado sobre la organización de la jurisdicción militar en diversos países", en Revista española de derecho militar (en adelante REDEM), N° 53, enero-junio 1989, tomo I, págs. 57 y sigs.; en concreto, pág. 63.

derecho operacional. Asimismo, para poder conocer el contenido de la justicia militar en el Perú, es necesario detenerse en el estudio del funcionamiento de los modelos de justicia militar predominantes en el mundo y explicar las razones tanto para su vigencia cuanto para su supresión. La mayor parte de los estados en el mundo tienen justicia militar y los que no la tienen se debe a particulares coyunturas históricas a las que ya nos hemos referido.

Constitucionalmente, a decir de Carruitero, debe aclararse cómo es que el principio de unidad, tanto en España como en el Perú, está expresamente recogido en ambas constituciones en dos sentidos diferentes: primero, respecto de la función jurisdiccional propiamente hablando, el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales, segundo, respecto de quienes desempeñan dicha función, de acuerdo con la cual los jueces y magistrados de carrera forman un cuerpo único y los militares su estatuto jurídico propio pero vinculado en el vértice superior al Poder Judicial a través de la casación, como lo proclama el art. 141° concorde con el art. 173° constitucional.

Asimismo, debe entronizarse a la justicia militar peruana en el Sistema de Defensa Nacional, y siguiendo al citado autor, respetar el principio de libertad de configuración penal del legislador, que alude a la discrecionalidad relativa del Congreso en materia de regulación de los delitos de función, así como establecer la relación entre los delitos de función con el Sistema de Defensa Nacional en orden a las misiones y roles constitucionales de las fuerzas armadas. Asimismo, debe tratarse el bien jurídico de la defensa nacional y la disciplina castrense así como la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado a los delitos de función.

Estudio aparte merece el tratamiento de la Ley 29955 de fecha 06 de diciembre de 2012, que modifica algunos artículos de la Ley 29182 Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, con la inviolabilidad que nos impone la academia y la indispensable objeti-

vidad a la que tiene que afiliarse quien se precie de ser serio.

Finalmente, siendo como es el mandato a término así como la efectiva responsabilidad de quienes vestimos uniforme, no solo uno de los fundamentos básicos del sistema democrático, sino también aspiración proclamada en nuestra constitución, resulta en consecuencia indispensable que todos, autoridades, funcionarios, profesionales, militares, policías, estudiosos, estudiantes, políticos, etcétera, nos preocupemos en asegurarle a nuestro país una justicia militar sólida, absolutamente respetuosa de los derechos fundamentales de militares y policías, pero severa frente a aquellos malos militares y policías, que felizmente son los menos, que animados por propósitos subalternos, ajenos a la moralidad o a la defensa de la legalidad, usan o pretenden usar, los honores, grados, cargos, uniformes y armas que nos da nuestra nación, para abusar o enriquecerse al calor de enardecidas pasiones, desvirtuando con ello lo fines de honda raigambre jurídica e histórica que fundamentan la existencia misma de las fuerzas armadas y policiales y la justicia militar policial que no se entiende sin aquellas, pero cuya imagen jamás podrá ser dañada por esos oscuros personajes cuyos nombres la historia no recuerda y que merecen su desprecio y olvido.

Debemos asegurar a nuestro estado una justicia militar autónoma, en salvaguarda de la moralidad en los cuarteles, resguardo del pleno imperio de nuestra constitución y en pro de la consolidación de un real Estado de Derecho Constitucional para el Perú.

La justicia militar peruana no es un invento moderno, no es sinónimo de impunidad ni de abuso, la justicia militar es una noble y preciosa institución que tiene la antigüedad de los ejércitos, existe desde antes que el Estado peruano, que la propia historia republicana de nuestra nación, su razón de ser es mantener la disciplina en ellos y si en la última década del siglo pasado la parte política hipertrofió sus competencias como algunas próstatas, ello fue

responsabilidad principalmente de los órganos políticos del estado.

Su naturaleza jurídica es esencialmente ejemplarizadora y sus principios rectores son generalmente uniformes en todos los países que tienen fuerzas armadas y policías militarizadas. Los dedos de una mano sobran para contar los países que, teniendo fuerzas armadas, su sistema de administración de justicia no contempla una organización de justicia militar.

De otro lado, la independencia de los magistrados que están en la situación militar o policial de actividad, como la de cualquier magistrado del fuero común, debe encontrarse en última instancia en su propia conciencia y en la rectitud de ánimo de las fuerzas políticas que deben ver en el magistrado civil o militar, el último bastión en la preservación del Estado de Derecho Constitucional.

Una correcta inteligencia de la necesidad de la justicia militar en el Perú y en el mundo, pasa por entender que existen fusionadas dos sociedades diferentes pero complementarias, la sociedad de la igualdad y la libertad en la que actúa el juez civil, y la sociedad de la obediencia en la que opera el juez militar pre-

servando la jerarquía, la disciplina, la eficacia operativa, la integridad institucional, los deberes militares y policiales, el potencial bélico de la nación, la fidelidad a la función militar policial, por eso nuestro lema es "Justicia que forja disciplina".

Como se aprecia pues, se ha avanzado bastante, la justicia militar peruana se está asentando en el entorno nacional, suma a su longevidad no solo la acumulación de experiencias que es propia del transcurso del tiempo, sino también su adecuación a los nuevos roles de las fuerzas armadas y de la actual concepción del Estado de Derecho Constitucional, y cuenta con una presencia internacional importante, particularmente entre los países de la región andina a los que lidera, empero falta aún mucho por hacer y nuestra responsabilidad para con las futuras generaciones nos obliga a empezar cuanto antes, si no queremos pasar a la historia como oscuros y despreciables personajes olvidados y ser como diría Juan Vicente Ugarte del Pino en la introducción a su importante obra *Historia de las constituciones del Perú*, "Capitanes que, en el naufragio ante la mirada consternada de los demás, se alejaban de la nave que se hundía irremediamente".

EL DELITO DE FUNCIÓN

*Gral. Brig. EP (r) Roger Araujo Calderón**

MARCO TEORICO

Previamente para analizar el delito de función debemos conocer cuáles son los fines asignados por nuestra Constitución Política a las fuerzas armadas y Policía Nacional del Perú, porque todo acto humano es teleológico y, en el caso del militar o policía, sometidos a una disciplina fuerte e inflexible; su voluntad y decisión están influidas, orientadas por metas, objetivos predeterminados que los cumplen sin dudas sobre su validez en virtud de principios de jerarquía, subordinación, mando y obediencia.

Estos fines que orientan y guían a los miembros de las fuerzas armadas y Policía Nacional en el ejercicio cotidiano de sus funciones, están expresados en forma taxativa en los artículos 165° y 166° de la Constitución Política y son:

- Garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República.
- Asumir el control interno de acuerdo a lo previsto en el artículo 137° (referido al régimen de excepción).
- Garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

* Vocal supremo (T) de la Vocalía Suprema de Instrucción del Fuero Militar Policial.

Los fines expuestos determinan que el delito de función resulte complejo, debido a que los ilícitos penales deberán ser analizados en forma amplia, teniendo como límites y óptica los dispositivos constitucionales glosados, de manera que no se simplifique, al punto de querer identificar el delito de función con el mismo acto del servicio o con determinadas infracciones disciplinarias.

La nueva visión del delito de función, introducida en forma atinada y prudente por nuestros constituyentes, permite en forma clara deslindar los ilícitos que son competencia del fuero militar policial y los que pertenecen al fuero común, superando así las dificultades de radicar la jurisdicción en razón de la persona (*ratio personae*), de la materia (*ratio materiae*) y del lugar (*ratio loci*), por un concepto amplio, dinámico (en razón de función) susceptible de garantizar a las fuerzas armadas y Policía Nacional del Perú el cumplimiento de sus fines, amparados en la vigencia de la ley penal militar policial.

IMPORTANCIA DE DEFINIR Y TENER UN CONCEPTO OBJETIVO DE DELITO DE FUNCIÓN

El soldado o policía, para ejercer su función con lealtad, eficacia y eficiencia, requiere no solo contar con los medios materiales, sino tener la convicción y certeza de ser respaldado en el cumplimiento de su misión, por una legislación clara, justa, decidida, que le permita actuar con la confianza de que al cumplir la misión ordenada, no será objeto de largos y penosos juicios en un fuero extraño, sensible más a la opinión del momento, y las exigencias de organizaciones con intereses opuestos a la defensa de los fines de las fuerzas armadas y Policía Nacional.

El hecho de constatar que el militar o policía, por el uso de sus armas en una acción legítima, tenga que ser sometido a investigaciones o satanizado o vulgarmente vilipendiado, determinan al soldado o policía a proceder en

forma tímida, adoptar una conducta pasiva, indiferente y gastar su entrenamiento y tiempo a cuidarse de cualquier contingencia extraña a su función, antes de cumplir su misión como exigen las circunstancias y posición en el campo operativo.

TESIS SOBRE EL DELITO DE FUNCIÓN

Que el delito de función solo comprende un reducido número de conductas típicas contenidas en el Código Penal Militar Policial, de las cuales se han sustraído por acción de sucesivas intervenciones (de las ONG-Colegio de Abogados), las acciones y omisiones antijurídicas, culpables y punibles, que son propias del quehacer continuo y diario del soldado que se enfrenta con sus armas como medio de defensa y en el cumplimiento de su misión. Está la legislación penal militar policial reducida, toda vez que comprende en algunos casos, únicamente, conductas delictuales propias del soldado o policía que está en el cuartel o dependencia policial realizando actividades de orden cerrado o concebido como el portador de armas súper inteligentes que solo puede afectar objetivos muy restringidos. Esta circunstancia, en el campo de operación, se presenta en reducidas oportunidades, porque el soldado y el policía están armados de manera sencilla con revólver o fusil, granada, sin protección especial, ni visores y actúa en medios hostiles de poca visibilidad y con muchos riesgos, que hacen fallar la eficacia del arma y herir distintos blancos. Es en estas circunstancias donde se producen malas, equivocadas y frustradas o inexpertas conductas o praxis (llamado delito de función), debe intervenir y tener competencia la justicia militar para aplicar la norma precisa y justa, de su conocimiento a los jueces del fuero civil apostando, por desconocer las implicaciones de una operación militar y los riesgos múltiples a los que enfrenta el soldado ante situaciones letales y difíciles de evaluar.

ANÁLISIS DEL DELITO DE FUNCIÓN

El delito de función presenta las siguientes notas:

Interés o bien jurídico tutelado

En el delito de función el bien tutelado es la capacidad bélica, moral, integridad y eficiencia de las fuerzas armadas y Policía Nacional para cumplir los fines descritos en la Constitución Política; es decir, que el interés jurídico es de naturaleza utilitaria, siendo de trascendencia la disciplina, la capacidad de combate y el cumplimiento de la misión, surgiendo claras diferencias con el derecho penal común. Algunas de ellas son:

- La vida es un interés jurídico, un bien irrenunciable, razón del Estado (para el ciudadano); en cambio en el ámbito del derecho penal militar se exige al militar y policía, en el cumplimiento de la misión, el sacrificio de perder la vida, al enfrentarse al agresor, no huir, ni renunciar a su misión.
- En la vida civil se garantiza la libertad, en la vida militar y policial, el derecho a la libertad está restringido por la obediencia, por el cumplimiento del deber, por ello, la profesión del militar y policía es un estado, del cual no se puede desprender, ni disponer, ni infringir en ningún momento, menos durante una misión, operación o servicio. Si el militar y policía pudieran abandonar su puesto, servicio u operación, los institutos (fuerzas armadas y Policía Nacional) dejarían de existir.
- En el derecho penal común existe el principio: “no hay delito sino delincuentes y no hay delincuentes sino hombres”, en cambio en el derecho penal militar policial más valiosa es la disciplina, el orden jurídico, el Estado, la sociedad, por ello el derecho penal militar policial busca la ejemplarización y se castiga para evitar que otros miembros de las fuerzas armadas y Policía Nacional vuelvan a cometer el mismo delito. Pensar en un ejército deliberante, frente

a misiones encomendadas, sin presencia de la subordinación, disciplina y obediencia, es concebir un grupo armado sin la fortaleza de la disciplina o reducirlos a una mesnada o grupo delincencial.

La función y acción típica

La función, de acuerdo al marco constitucional, es un concepto amplio que está identificado o es más próximo al quehacer de las fuerzas armadas y Policía Nacional en el campo de operaciones y en el cumplimiento de sus fines, de manera que los delitos de función están representados por la mala praxis o los actos ilícitos que realiza el sujeto activo (militar o policía), cuando cumple el servicio, misión o función y vulnera un bien jurídico inherente a los que debe proteger, tales como la existencia, organización, operatividad de las fuerzas armadas y Policía Nacional, y otros señalados en la Constitución Política del Estado.

Estos ilícitos penales pueden derivarse:

- Del cumplimiento deficiente de la función.
- Del incumplimiento de la función.
- De la extralimitación de la función.
- De la negación de la función.
- Del cumplimiento parcial de la función.
- De la omisión de la función para lograr la realización del fin delictual.

Sujeto activo

Los delitos de función solo pueden ser realizados por militares y/o policías en situación de actividad, porque la función significa ejercicio, cumplimiento de objetivos y fines, práctica de una profesión u oficio. De manera que no están incluidos los militares en situación de retiro y civiles, aún cuando estos tengan una relación laboral con las fuerzas armadas y Policía Nacional.

Sujeto pasivo

Puede ser una persona civil, militar, policía o el Estado, en vista de que los bienes jurídicos tutelados son lesionados, cuando se afecta a

personal de las fuerzas armadas o Policía Nacional, civiles o el Patrimonio del Estado privado, afectando la moralidad, integridad, prestigio y valores que sustentan y defienden las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Tipicidad

La descripción de cada una de las figuras delictivas se encuentra en el Código Penal Militar Policial. Dentro de este aspecto, es necesario destacar la importancia del bando militar y policial como fuente del derecho penal militar policial y generador de conductas o acciones típicas, sobre todo durante el estado de guerra, donde un hecho en determinado momento es gravísimo y pasado el trance “no merece un capirotazo”. La tipicidad en estos casos es mutable, como son las situaciones que ofrece el teatro de operaciones.

Elementos constitutivos

Relación de causalidad.- Para determinar cuándo un delito tiene como origen la función encomendada al militar o policía, es necesario analizar la relación causal, es decir “qué función cumplía el sujeto activo cuando se produjo el evento dañoso”, o “qué hacía o qué fin tenía la presencia del sujeto activo”. En qué circunstancias se produjo el evento dañoso.

Existencia de una función o misión.- En el caso de los delitos de función, como su nombre indica, el presupuesto jurídico necesario es la función, misión, actividad expresada en una orden verbal, escrita, reglamentos, consignas, procedimientos operativos, entre otros.

Culpabilidad.- Determinar si ha procedido el sujeto activo con dolo, culpa o preterintencionalidad.

NOCIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN

De acuerdo a lo expuesto y teniendo presente la definición dada por Jiménez de Asua, diremos que delito de función es la acción típica, antijurídica, culpable, imputable a un militar o policía en situación de actividad que cumple una función vinculada con los fines constitucionales asignados a las fuerzas armadas y Policía Nacional, reprimido con una pena ejemplarizadora.

EVOLUCIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN

El delito de función sin explicación racional o técnica, fue reducido a un núcleo de delitos que reprimen conductas propias de tribunales administrativos disciplinarios y los que tiene a bien dejar el Poder Judicial, es decir, tiene un carácter residual.

En tanto, los ilícitos que puede cometer el militar o policía, en la patrulla, la operación o que requiere el uso de sus armas reglamentarias, para combatir y defenderse, son dejados de lado, al punto que el Código Penal Militar Policial recoge o contiene poco o muy limitadas atribuciones o competencias; dejando lo típicamente militar (relacionado con el uso de armas) en poder del fuero común, donde los jueces utilizando el mismo criterio de conciencia que aplican en el juzgamiento del delincuente común, lo utilizan para el militar y policía que cometió el delito, en circunstancias que cumplía su servicio o misión encomendada por el Estado, abriendo de esta manera una brecha que resulta injusta y desalentadora para el militar y policía, que en todo momento busca la seguridad en el **cumplimiento** de su misión, de sus superiores y la sociedad.

TRIBUNALES MILITARES DE CHILE EN TIEMPO DE PAZ

Cambios propuestos a su organización y competencia

*Teniente Coronel EP Roosevelt Bravo Maxdeo**

“Medítese sobre la cantidad de fervores, de altísimas virtudes, de genialidad, de vital energía que es preciso acumular para poner en pie un buen ejército. ¿Cómo negarse a ver en ello una de las creaciones más maravillosas de la espiritualidad humana? La fuerza de las armas no es fuerza bruta sino fuerza espiritual”.

José Ortega y Gasset (“España invertebrada”)

En el presente trabajo, el autor aborda sumariamente el tema de la organización de los tribunales militares de Chile, en tiempo de paz; las competencias actuales de las fiscalías y juzgados militares, de las cortes marciales y la Corte Suprema de Justicia. Se hace también referencia a la reciente “historia” de la justicia militar chilena, particularmente sobre los hechos y razones que impulsan los cambios en su organización y competencia; y, sobre las actividades que la Auditoría General del Ejército de Chile ha venido cumpliendo para llevar adelante el cambio y las propuestas que a este respecto ha formulado, todo ello, en un tiempo de cambio en la justicia militar, si no global, latinoamericano.

EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN TIEMPO DE PAZ

De acuerdo con el art. 13° del Código de Justicia Militar (CJM) de Chile¹, en tiempo de paz la jurisdicción es ejercida por: i) los juzgados institucionales; ii) los fiscales; iii) las cortes marciales, y, iv) la Corte Suprema.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 Código de Justicia Militar de Chile (edición oficial). Editorial Jurídica de Chile. Vigésima Edición. Impreso en abril del 2011. Santiago de Chile.

Los Juzgados Navales permanentes existen en los asientos de las Zonas Navales, en las escuadras y en otras fuerzas navales que el Presidente de la República estime conveniente (art. 14°).

En cuanto al ejército, los juzgados militares permanentes se organizan en el “asiento de cada una de las divisiones o brigadas en que se divida... o donde las necesidades del servicio lo requieran...” y tienen también competencia para juzgar a carabineros (art. 15°). Actualmente, de acuerdo con el Decreto Supremo N° 87 del 04 de setiembre del 2003, existen seis juzgados militares permanentes, asentados en Antofagasta, Santiago de Chile, Valdivia, Coyhaique, Punta Arenas e Iquique, que corresponden, respectivamente, a los asientos de las I, II, III, IV, V y VI divisiones en que se compone el Ejército de Chile.

La Fuerza Aérea prevé un “Juzgado de Aviación para todo el territorio nacional y su asiento será determinado por el presidente de la República” (Art. 15-A) y como en las demás cláusulas glosadas, “cuando las necesidades del servicio lo requieran, el presidente de la República podrá crear otros Juzgados de Aviación”.

Organizados así los juzgados militares y navales permanentes, corresponde luego saber quiénes actúan como jueces, es decir, a quiénes corresponde la “jurisdicción militar permanente”. El art. 16° del CJM lo precisa con meridiana claridad: al “Comandante en Jefe de la respectiva División o Brigada en el Ejército; de cada Zona Naval, Escuadra o División en la Armada; (al) Jefe de Estado Mayor General de la Fuerza Aérea y (al) Comandante en Jefe de la respectiva Brigada Aérea, cuando correspondiere...”. Esa jurisdicción se ejerce en el territorio de los respectivos Juzgados y sobre todas las fuerzas e

individuos sometidos al fuero militar en el que se encuentren (no contra civiles, desde la modificación reciente sufrida por la ley penal militar chilena a este respecto).

Estos “juzgados institucionales” tienen varias competencias que están señaladas en el art. 17° del CJM, resultando notorias en el contexto actual del derecho penal militar, aquellas en las que el juez, un oficial de armas, generalmente sin formación jurídica, conozca, aún con el consejo legal (dictamen) del auditor, de “todos los asuntos civiles y criminales que constituyan la jurisdicción militar”, autorice “al respectivo fiscal para la sustanciación” de un proceso, emita sentencias, dirima contiendas de competencia, resuelva recusaciones “que se hicieran valer respecto de los fiscales, auditores o secretarios”, conozca de “los reclamos interpuestos contra las resoluciones de los fiscales que la ley determine”, etc.

No pretende el autor satanizar tales posturas del juez militar o naval permanente, ni mucho menos afirmar que el caso chileno es único y particular en el contexto latinoamericano actual. Pretender ello sería contrariar flagrantemente la historia de la justicia militar, porque es sabido que una consideración doctrinaria antigua, que en Argentina fue defendida con todo ahínco por Carlos Risso Domínguez², sostiene que el derecho y obligación de sancionar disciplinaria y/o penalmente, en el ámbito militar y naval, es potestad del comandante, sin importar la denominación que se le dé: “Jefe Supremo”, “Capitán General”, “Comandante General”, “General en Jefe”, “Comandante en Jefe” u otro análogo. Esta potestad se resume en el aserto: “quien manda juzga”. En el Perú, por ejemplo, los oficiales de armas u oficiales de línea como se les denomina en otros ejércitos,

2. RISSO DOMÍNGUEZ Carlos.- *La justicia militar* (Conceptos Fundamentales), Tomo I, Librería la Facultad, Buenos Aires- Argentina, 1939 (el general de brigada Carlos RISSO DOMÍNGUEZ desempeñó el cargo de Auditor General de Guerra y Marina durante 25 años, desde el 20 de abril de 1096 hasta el 12 de marzo de 1932, fecha en paso a la situación de retiro).

desempeñaron la judicatura hasta 1996, año en el que se promulgó la Ley N° 26677 que introdujo el procedimiento sumario en el proceso penal militar y se exigió que los jueces militares permanentes fuesen oficiales del grado de teniente coronel, o su equivalente, miembros del Cuerpo Jurídico, es decir abogados. Actualmente, todos los que desempeñan cargos jurisdiccionales y fiscales en el Fuero Militar Policial del Perú son letrados.

LA FISCALÍA EN LA JUSTICIA MILITAR DE CHILE

Los fiscales son los funcionarios encargados de la sustanciación de los procesos y formación de las causas de la jurisdicción militar, en primera instancia. **En materia civil, dictan todas las providencias de sustanciación y reciben todas las pruebas que se produzcan, hasta dejar la causa en estado de ser fallada** por el juez militar permanente. **En materia penal,** instruyen y sustancian todos los procesos, recogen las pruebas pertinentes que sirvan al juez de elementos de convicción **y están facultados para ordenar la detención de los inculpad**os. (art. 25°).

En el contexto de lo referido, llama la atención las potestades conferidas a los fiscales para sustanciar causas en materia civil, que aparece, en nuestra opinión personal, como un resabio de la calidad de fuero personal que alguna vez tuvo la jurisdicción militar, que por regla general está dirigido a la materia penal. Llama también la atención la facultad otorgada al fiscal para ordenar la detención de los inculpad

os, cuya potestad, en otras legislaciones penales militares, es exclusiva y excluyente del juez, que le es conferida desde la constitución, en términos más o menos semejantes, excluyendo la flagrancia: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez”. Otro aspecto que resulta notorio, respecto de la independencia funcional de los fiscales, es que dependen del juez (“Respecto a cada fiscal, se indicará el juzgado del cual dependa”) y tratán-

dose de fiscales no letrados y de los fiscales de carabineros, en algunos casos, su designación proviene del juez (arts. 26° y 27°).

Existe también en Chile el “Ministerio Público Militar”, encabezado por un fiscal general militar del grado de coronel o capitán de navío, cuya misión es “velar por la defensa, ante los tribunales militares de tiempo de paz, del interés social comprometido en los delitos de jurisdicción de aquellos y, en especial, del interés de las instituciones de la defensa nacional”, haciéndose parte en los procesos, especialmente ante las cortes marciales y la Corte Suprema (arts. 70-B y siguientes). En el Perú, esta labor de defensa de los intereses del Estado está asignada a las procuradurías públicas. Los ministerios de Defensa e Interior y cada uno de los institutos armados y la Policía Nacional tienen un procurador público encargado de sus asuntos.

DE LAS CORTES MARCIALES Y LA CORTE SUPREMA

Las cortes marciales son básicamente tribunales de apelación, pues conocen en segunda instancia: 1) “De las causas que conocieren en primera instancia los juzgados institucionales que de ellas dependan”; y, 2) “De las causas que conociere en primera instancia alguno de los ministros de la misma corte”, tratándose “de las querellas de capítulos que se siguieren contra cualquiera de los funcionarios judiciales del orden militar que de ellas dependan” (art. 59°). Existen dos cortes marciales y están asentados en Santiago de Chile y en Valparaíso.

La corte marcial de Santiago tiene competencia para conocer casos de jurisdicción militar relativos al Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros. Está integrada por dos Ministros (vocales) de la Corte de Apelaciones de Santiago, los Auditores Generales de la Fuerza Aérea y Carabineros y por un Coronel de Justicia (abogado) del Ejército, en reemplazo del Auditor General que tiene asiento en la Sala Penal de la Corte Suprema.

La Corte Marcial de Valparaíso tiene competencia para conocer casos de jurisdicción relativas a la armada. Está integrada por dos ministros (vocales) de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el auditor general de la armada y por un oficial general de la armada en servicio activo, que normalmente es el director de personal. “El oficial general de la armada y los oficiales de justicia que no integren las cortes marciales por derecho propio, son designados por el presidente de la República”. Los ministros de la corte de apelaciones que integren las cortes marciales, lo harán por tres años y son designados por sorteo entre sus miembros (art. 51°).

A la Corte Suprema, integrada por el auditor general del ejército o quien deba subrogarlo³, le corresponde también, como “Tribunal Militar”, el “ejercicio de las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas”, en relación con la administración de justicia militar de tiempo de paz (art. 2°). De acuerdo con lo previsto en el art. 70-A del CJM, le corresponde conocer:

- 1°. De los recursos de casación (...) contra las sentencias de las cortes marciales;
- 2°. De los recursos de revisión contra sentencias firmes en materia de jurisdicción militar de tiempo de paz;
- 3°. De los recursos de queja contra las resoluciones de las cortes marciales y, en segunda instancia, de los recursos de queja de que estos conocieren;
- 4°. De las solicitudes de implicancia o recusación contra los ministros de las cortes marciales;
- 5°. De las contiendas de competencia entre un tribunal militar y otro del fuero común;
- 6°. De las contiendas de competencia entre juzgados institucionales que dependen de diferentes cortes marciales;

- 7°. De la extradición activa en los procesos de la jurisdicción militar.

ANTECEDENTES DE LOS CAMBIOS QUE SE PROPONEN

Cree el autor que uno de los hechos que ha impulsado el cambio en la justicia militar de Chile son las decisiones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado respecto del papel de la justicia militar en un estado democrático de derecho. Sin discutir si se está de acuerdo o en desacuerdo con tales decisiones, resulta evidente, para el caso chileno, que las sentencias recaídas en los casos Palamara Iribarne vs. Chile (2005) y Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006) han “impulsado el cambio”.

El gobierno de Chile creó, por Decreto Supremo, una “comisión de estudios para la reforma de la justicia militar”, con el objetivo de constituir una instancia de reflexión técnica para la generación de un nuevo Código de Justicia Militar. A fin de orientar el trabajo de la comisión y generar consenso respecto de “aquellas posiciones fundamentales que permitan coordinar la producción legislativa en la materia, así como sentar aquellas directrices deontológicamente relevantes para una futura praxis aplicadora del nuevo código”, se elaboró un documento de acuerdo por la propia comisión, que bajo el título de “Principios formativos para el nuevo Código de Justicia Militar” fue publicado por el Ministerio de Defensa de Chile, en junio de 2008. Estos principios, en número de XXVII, abarcan aspectos de la aplicación del derecho internacional humanitario, de la inserción de los tribunales militares en el sistema judicial del Estado, la aplicación de normas internacionales sobre juicio imparcial, los principios que tienen que ver con el juicio previo, oral y público, la prohibición de persecución penal múltiple, la presunción de inocencia, el derecho de defensa

3 Existe un proyecto de reforma para retirar al auditor de la conformación de la sala.

jurídica, el principio de *in dubio pro reo*, etc.; es decir, principios comúnmente aceptados y legislados en códigos penales y procesales penales, que en el caso peruano están profusamente detallados en el Código Penal Militar Policial de 2010.

Dentro de esta preocupación por el cambio, la Auditoría General del Ejército de Chile ha propiciado eventos académicos y ha facilitado espacios para la reflexión sobre el tema. En este contexto, por ejemplo, entre los días 14 y 21 de julio de 2011, se llevó a cabo en la ciudad de Santiago de Chile el I Encuentro Bilateral entre la Auditoría General del Ejército de Chile, representado por el auditor general del Ejército General de Brigada Waldo Martínez Cáceres y el Fuero Militar Policial del Perú, representado por su presidente, el contralmirante Carlos Enrique Mesa Angosto.

En el marco de estas actividades, miembros del Fuero Militar Policial del Perú disertaron sobre la situación de la justicia militar policial en el Perú en los últimos diez años, tanto en el contexto interno como externo, los cambios operados en su legislación y las sentencias emitidas en torno a la justicia militar por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú. En el tratamiento de la legislación relativa al Fuero Militar Policial del Perú, se incidió en su nueva organización, particularmente en la situación militar o policial de los jueces y fiscales que la integran, la autonomía, independencia e imparcialidad con que cumplen sus funciones, la integración de los tribunales militares policiales con miembros de las fuerzas armadas y la Policía Nacional, etc. Respecto del Código Penal Militar Policial, igualmente, se plantearon los cambios realizados, los principios en que se sustenta y se trató muy profusamente los alcances del modelo procesal acusatorio que lo integra.

En el año 2012, durante los días 1, 2 y 3 de agosto, se llevó a cabo el II Encuentro Bilateral entre las Justicias Militares de Chile y Perú, oportunidad en que se han profundizado algunos temas de justicia militar, con el objeto

de formular, en un futuro cercano, un “cuerpo normativo modelo que, como compendio de normas fundamentales de la justicia militar, contenga los criterios orientadores básicos a ser observados por un sistema de justicia militar moderno, que se ajuste a la evolución del derecho comparado y que dé satisfacción a las exigencias de los organismos jurisdiccionales internacionales”. En tal sentido, debo precisar, se han consensuado algunos criterios y se han establecido principios en materia organizativa, penal y procedimental que paso a detallar:

Principios orientadores en materia de organización

- Fuero militar autónomo, independiente e imparcial.
- Ejercicio de la jurisdicción conforme a principios y garantías constitucionales, con pleno respeto a los derechos fundamentales.
- Jueces y fiscales letrados pertenecientes a los cuerpos jurídicos militares.
- Prohibición de juzgamiento de menores y, por regla general, de civiles.
- Integración de la policía en la justicia militar.

Principios orientadores en materia procedimental

- Juicio previo, legalmente tramitado, anterior a la condena.
- Proceso contradictorio, basado en la inmediación, simplificación, celeridad, oralidad, publicidad y no duplicidad funcional.
- Presunción de inocencia y derecho a defensa letrada.
- Igualdad de trato.
- Separación de funciones de investigación y juzgamiento.
- Oportunidad del enjuiciamiento criminal.
- Inexcusabilidad de juzgamiento.

- Motivación de las resoluciones.
- Legalidad y validez de la prueba.
- Interpretación restrictiva de las normas limitativas de derechos.

Principios orientadores para un futuro código modelo de justicia militar

- Legalidad del juzgamiento.
- Prohibición de analogía.
- Lesividad de la pena.
- Juez natural.
- Defensa del imputado.
- Doble instancia.
- Prohibición de doble incriminación.
- Territorialidad de la ley.
- Extraterritorialidad de la ley en casos específicos.

6. Ministerio Público militar, órgano persecutor penal militar, exclusivo e independiente desde el punto de vista funcional.
7. Calificaciones de oficiales de los tribunales militares de primera instancia y del Ministerio Público Militar, deben estar ajenas al mando militar. Ascensos y remuneraciones se mantienen de acuerdo a la legislación vigente.
8. Creación de procuraduría dependiente del Ministerio de Defensa Nacional, que represente intereses de las fuerzas armadas, ante el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema, las cortes de apelaciones, los tribunales ordinarios en materia penal y los tribunales militares. Será servida por oficiales letrados, empleados civiles de planta y a contrata.
9. La subrogancia en los órganos antes referidos, se materializará por oficiales en retiro.
10. Establecer facultad del señor Ministro de Defensa Nacional y de los comandantes en jefe, para deducir querellas en casos calificados, en representación de los intereses de la defensa nacional.
11. Encuentros académicos especializados en los que se reciban ponencias, opiniones y trabajos de invitados nacionales o extranjeros, especialmente, magistrados del Poder Judicial, que se hubiesen desempeñado en la ilustrísima corte marcial y/o excelentísima Corte Suprema.
12. Visitas de trabajo e intercambio de experiencias y conocimientos de derecho militar con cuerpos jurídicos: Estados Unidos, Perú y España.
13. La estructura orgánica de los tribunales militares, el Ministerio Público militar y la procuraduría, no producen un costo financiero adicional, por cuanto esos cargos se continuarán sirviendo con personal institucional.
14. Consultar la opinión de carabineros de Chile por intermedio de las autoridades pertinentes.

CAMBIOS PROPUESTOS POR LA AUDITORÍA GENERAL DEL EJÉRCITO DE CHILE SOBRE JUSTICIA MILITAR

La Auditoría General del Ejército de Chile, como parte de sus obligaciones legales en el campo de la justicia militar, ha propuesto a las autoridades chilenas competentes, entre otros, los cambios siguientes:

1. Necesidad de reforma integral a la justicia militar, adecuándola a estándares internacionales e internos de juzgamiento.
2. El procedimiento debe recoger los principios de la reforma procesal penal, respetando las particularidades de los cuerpos armados.
3. Los tribunales militares deben ser independientes e imparciales.
4. Deben ser integrados por oficiales letrados en servicio activo.
5. El auditor general como integrante de la sala penal de Corte Suprema, lo será en retiro.

15. La competencia de los tribunales militares: delitos militares, y por excepción a los delitos comunes, cuando existan situaciones de conexión con la función militar, (comisión en acto del servicio, dentro de recintos militares), siempre que el sujeto activo sea militar.

A manera de conclusión

En la década pasada y en la que va de esta, se ha tratado con insistencia sobre el papel de la justicia militar en un estado democrático de derecho. En mi concepto, y seguramente en el de muchos otros, resulta históricamente claro que desde la formación de los estados burgueses, socialistas o de cualquier otro género ideológico o productivo, si los hay, estos se han sustentado sobre la “fuer-

za de las armas (que) no es fuerza bruta sino fuerza espiritual”, como diría Ortega y Gasset, y lo seguirán haciendo porque resulta también evidente que la naturaleza humana es conflictiva y con ella la del Estado que lucha por mantener sus intereses y se respalda en la capacidad bélica de sus fuerzas armadas, que deben mantenerse disciplinadas e integradas con hombres y mujeres formados en valores, técnica y tácticamente eficientes y respetuosos del orden constitucional. Mantener a las fuerzas armadas disciplinadas y respetuosas de sus obligaciones constitucionales es la razón de vida de la justicia militar, que debe conducirse dentro de los márgenes constitucionales y legales. Muestra de ello son los profundos cambios que se han producido en la justicia militar del Perú y evidentemente es la aspiración actual de la justicia militar de Chile.

FUNDAMENTOS DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Para sustentar la constitucionalidad
de la parte penal del Código Penal
Militar Policial

*Mag. FAP Arturo Antonio Giles Ferrer**

*Cor. FAP Jorge Félix Ampuero Begazo***

RESUMEN

Con la dación del Decreto Legislativo N° 1094, que aprobó el nuevo Código Penal Militar Policial (CPMP), se pensó que se habían superado los cuestionamientos constitucionales contra el Código de Justicia Militar de 1980 y el Decreto Legislativo N° 961. Sin embargo, la demanda de inconstitucionalidad de fecha 19 de diciembre del año 2011 dirigida contra la parte penal del CPMP, nuevamente trajo consigo la inestabilidad funcional de la jurisdicción militar policial, debido a que el amparo de dicha demanda dejará sin vigencia varios de sus tipos penales, hecho que acarrearía vacíos de punibilidad intolerables en el ámbito militar-policial y el debilitamiento de la facultad constitucional de prevenir delitos de función. El argumento de la demandante se centra en que los tipos penales cuestionados fueron declarados inconstitucionales, debido a que protegen bienes jurídicos que no son propios ni particulares de las fuerzas armadas o Policía Nacional. Si bien ese ha sido el criterio del Tribunal Constitucional, debe cambiar atendiendo a los nuevos riesgos que amenazan a la sociedad y a la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que la jurisdicción penal militar en los estados democráticos, en tiempos de paz, debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. Es en ese contexto en que se desarrolla nuestro trabajo, considerando que la solución para acreditar la constitucionalidad de la parte penal del CPMP se encuentra en los

* Vocal supremo del Fuero Militar Policial, magíster en Derecho Penal y doctor en Derecho.

** Vocal superior institucional de la FAP del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, magíster en Derecho Penal Militar.

fundamentos filosóficos y teóricos que sustentan los bienes jurídicos colectivos.

Palabras clave

Bienes jurídicos colectivos, bienes jurídicos penales de las fuerzas armadas y Policía Nacional, contrato social, Estado social y democrático de derecho.

CONFLICTO POR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PARTE PENAL DEL CPMP

Con fecha 19 de diciembre de 2011, la aparente tranquilidad y estabilidad funcional que trajo consigo en la jurisdicción militar policial la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0001-2009-PI/TC, fue nuevamente perturbada por la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 6,430 ciudadanos y representantes de diversos organismos dentro de los que destacan la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, la CGTP y Aprodeh, contra artículos de la parte penal del CPMP regulados por el Decreto Legislativo N° 1094 que tipifican diversos tipos penales de función.

El principal argumento esgrimido por la parte demandante se centra en que los tipos penales cuestionados ya fueron declarados inconstitucionales¹, consistiendo su hipótesis en que la acción o conducta que se tipifica, afecta un bien jurídico que no es estrictamente castrense por no ser propio ni particular de las fuerzas armadas o Policía Nacional, por lo que debe ser protegido mediante la legislación penal común, resultando por ello inconstitucionales los indicados tipos penales al no presentar las características básicas del delito de función y contravenir el artículo 173° de la Constitución.

Admitida a trámite la indicada demanda, el procurador público especializado en mate-

ria constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se apersona al proceso de inconstitucionalidad y la contesta negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando sea declarada infundada.

Dicha procuraduría pública pone énfasis en lo confuso de los argumentos de la parte demandante, considerando necesario, a fin de garantizar la defensa de las normas impugnadas, identificar como parámetro de control el artículo 173° de la Constitución Política, que reconoce a la justicia militar como parte del sistema constitucional de la administración de justicia y al delito de función como aquel que determina su competencia material, refiriéndose a los bienes jurídicos de carácter castrense o policial, como aquellos relacionados de manera especial con la organización, funcionamiento, operatividad y fines de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional y que permiten cumplir los objetivos constitucionales previstos en los artículos 165°, 166°, 169° y 171° de la Constitución Política de 1993.

También invoca los fundamentos 15, 17 y 121 de la STC N° 00001-2009-PI/TC, que hacen referencia al momento actual en que se encuentra nuestra sociedad como es la tercera etapa, caracterizada por el recrudecimiento del terrorismo aliado al narcotráfico, la urgente necesidad de impulsar el desarrollo económico y la superación de la pobreza, situaciones que pueden motivar el cambio de los criterios del Tribunal Constitucional que servirán para la plasmación de la constitución en una realidad social, lo que permitirá una nueva interpretación sobre los delitos de función que pueden ser de conocimiento de la justicia militar, cuya finalidad será la de fortalecer dicho organismo jurisdiccional respecto a aquellos actos ilícitos que sean contrarios a bienes jurídicos relacionados con las funciones constitucionalmente asignadas a las fuerzas armadas y la Policía Nacional del Perú.

1 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) recaída en el expediente N° 0012-2006-PI/TC.

VACÍO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

El conflicto se aplacaría si el Tribunal Constitucional habría aclarado anteriormente lo que se entiende por “bien jurídico que no es estrictamente castrense por no ser propio ni particular de las fuerzas armadas o Policía Nacional”, definición que permitiría, por fin, determinar si un tipo del CPMP es o no es constitucional. Sin embargo, de la revisión del bloque de sentencias de ese colegiado relacionadas a esa materia y al delito de función, no se ha podido encontrar que alguna de ellas aclare tal indefinición².

Un argumento más contundente que el que podría proporcionar el Tribunal Constitucional, sería la alusión a un fundamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en ese sentido. Pero, en forma similar al anterior caso, de la revisión de las sentencias de dicho organismo supranacional, no ha sido posible ubicar tal sentido interpretativo, sino solo referencias genéricas a los bienes jurídicos que forman parte de la definición de los delitos militares, como es el caso de los “bienes jurídicos propios del orden militar” o “intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares”, tal como se constata en la muestra escogida consistente en las sentencias recaídas en el caso *Durand Ugarte vs. Perú*³ y en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*⁴.

Por su parte, en la doctrina nacional desarrollada en los últimos años, solo se ha encontrado en los temas que tratan sobre el delito de función, una reproducción de lo que sobre el particular desarrolló el Tribunal Constitucional y que posteriormente tales criterios juris-

prudenciales sirvieron de base a la regulación establecida en los artículos I, II y VI del Título Preliminar CPMP. Empero, respecto a los bienes jurídicos afectados por el delito de función, tanto el Tribunal Constitucional como el indicado cuerpo legal, los definieron como aquellos que están vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las fuerzas armadas o la Policía Nacional y que deben estar previstos en la Constitución Política y en la ley.

Tal definición es muy importante, pero insuficiente. Claro está que no es tarea de las normas legales desarrollar conceptos o doctrina, por lo que consideramos que no existe vacío legal en lo concerniente al delito de función y a los bienes jurídicos propios y particulares de las fuerzas armadas y Policía Nacional. El vacío sobre tales materias está en la doctrina y jurisprudencia nacionales, mas no así en la jurisprudencia de la CIDH al permitir una interpretación sobre el tema en discordia conforme al fundamento 272 de su resolución de fecha 19 de mayo de 2011 “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, que en su primera parte dice textualmente: “El tribunal considera pertinente señalar que reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno”.

Es en ese último criterio en el cual los autores del presente artículo cifran sus mayores esfuerzos, por cuanto consideramos que son esos “principios y garantías que rigen el derecho penal moderno”, los que van a dar solución

2 Véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 0012-2006-PI/TC y N° 02284-2007-HC/TC.

3 Fundamento 117 de la sentencia de la CIDH del 16 de agosto de 2000 “Caso Durand Ugarte vs. Perú”.

4 Fundamento 272 de la resolución de la CIDH del 19 de mayo de 2011 “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”.

al problema que le significa a la jurisdicción militar policial la demanda de inconstitucionalidad contra el CPMP y que están concretizados en los fundamentos filosóficos y teóricos de los bienes jurídicos colectivos.

BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Son los bienes jurídicos colectivos los que van a dotar de esos sólidos argumentos, por su vigencia y paulatino reconocimiento, puesto que son considerados como una de las instituciones jurídicas que forman parte del nuevo derecho penal, cuya tutela es fundamental en la sociedad actual⁵ y se asientan en la realidad social y en el modelo de estado social y democrático de derecho⁶.

Para comprender su realidad, es necesario hacer un poco de historia. En el siglo XIX la sociedad y el estado se caracterizaban por ser “liberales” y porque dicha sociedad estaba preocupada por limitar el estado absoluto y combatir delitos que afectaban bienes jurídicos individuales (homicidio, hurto, robo, etc.), por lo que se contrapuso a tales amenazas un estado de derecho, el cual reguló un derecho penal “liberal” que protegiendo bienes jurídicos individuales, prevenía y reprimía con cierta eficiencia los delitos de esa época. Pero en cuanto empezó a discurrir el siglo XX, aparecieron nuevos fenómenos y conflictos provocados por la evolución social que no podían ser resueltos por el estado liberal.

Nuestra sociedad actual ha sido calificada por Ulrich Beck como “sociedad de riesgo”, ca-

racterizada por la presencia de la tecnología que se ha convertido en la base del funcionamiento social y en la que destaca el aspecto socioeconómico de la generación de grandes y nuevos riesgos⁷. Es por ello que Paz de la Cuesta Aguado establece que nuestra sociedad se caracteriza por la presencia constante del peligro⁸ y de riesgos que, a diferencia de los riesgos tradicionales que experimentaba la sociedad liberal, son incuantificables e ilimitados tanto desde el punto de vista social, como temporal y espacial, producto de la globalización. Fruto de esta “sociedad de riesgo” no solo es el bienestar provocado por los adelantos tecnológicos y la globalización, sino también la aparición de nuevas formas de criminalidad como los ecolitos, biodelitos, delitos de energía nuclear, delitos informáticos, delitos contra los consumidores y la criminalidad organizada, entre otros.

El derecho penal de las décadas del 70, 80 y 90 ha sido incapaz de resolver los delitos derivados de esos nuevos riesgos, debido en parte a no haberse despojado totalmente de sus bases ideológicas y metafísicas, por lo que una de las características más aplaudidas del derecho penal que quiere adecuarse a la sociedad de riesgo, consiste en el adelantamiento de la intervención penal a momentos previos a la lesión, por tres vías⁹:

1. Tipificación de delitos de peligro cada vez más alejados de la lesión.
2. Incremento en la tipificación de la imprudencia, y;
3. Creación de bienes jurídicos macrosociales o colectivos.

5 MAYO CALDERÓN, Belén (2005); *Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos*, en *Revista peruana de ciencias penales*, N° 17, Lima, Editorial IDEMSA, p. 287.

6 REYNA ALFARO, Luis (2002), *Manual de Derecho Penal Económico - Parte general y parte especial*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., primera edición, p. 164.

7 PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO (2005); *Sociedad del riesgo y derecho penal*, en *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Lima, Ara Editores E.I.R.L., p. 161.

8 Op. cit., p. 162.

9 Op. cit., p. 169.

Esas alternativas de solución solo pueden tener acogida en el modelo de estado social y democrático de derecho que nuestra Constitución reconoce, el cual se basa en el “contrato social originario”. En este modelo, especial mención debe recibir el estado social, al cual le importan los intereses colectivos y donde su sistema social está al servicio de la persona que junto con los bienes jurídicos individuales constituyen las bases de la existencia de dicho sistema.

Así, el estado social al preocuparse de proteger a la persona, ha de hacerlo no sólo a través de deberes negativos, sino también de deberes positivos, promoviendo condiciones que posibiliten lograr el máximo desarrollo de la persona. En el caso de los bienes jurídicos colectivos también se dan esas dos funciones: una negativa y otra positiva.

La función negativa de los bienes jurídicos colectivos surge de la necesidad de proteger los bienes jurídicos individuales, frente a los peligros que lo caracterizan, con el fin de que el sistema social no supere al individuo. Junto a ella está la función positiva, respecto a la cual Belén Mayo afirma: “En este sentido, estos bienes jurídicos colectivos aparecen como complementarios de los bienes jurídicos individuales. Pero, junto a esta función de protección de los bienes jurídicos individuales, los bienes jurídicos colectivos desempeñan otra función, que es la que los dota de un contenido propio y claramente diferenciado del contenido de los bienes jurídicos individuales: la de promoción o favorecimiento de la participación de los individuos en el sistema, lo que conlleva el desarrollo de este”¹⁰.

Esa función positiva de los bienes jurídicos colectivos tiene reconocimiento constitucional en el artículo 44° de nuestra norma fundamental, que establece como deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos hu-

manos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación. Por lo tanto, están plenamente legitimados.

Al sector de la doctrina que los critica por considerarlos bienes jurídicos artificiales o producto de la imaginación del legislador, procedemos a rechazarlo por cuanto, muy por el contrario, son muy reales en la sociedad actual ya que su afección produce gran dañosidad social. La importancia de estos bienes radica en que su afección involucra a gran número de personas y de una manera permanente en el tiempo y el espacio, por lo que la gravedad de esta afección está en relación con la dañosidad social.

En lo concerniente a la delimitación, siendo fundamental la tutela de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad actual, deben ser correctamente delimitados con base en una fundamentación dogmática del bien jurídico penal. El aparato dogmático construido por la doctrina pensando en los bienes jurídicos individuales, se debe aplicar también en la protección de los bienes jurídicos colectivos. Además, su fundamento central debe ser la protección del individuo.

Así, para elaborar o interpretar un bien jurídico individual del derecho penal, se debe seguir el camino trazado por el Tribunal Constitucional en su test de proporcionalidad y por la dogmática jurídico penal en lo concerniente a la formulación de los bienes jurídicos penales. Primero se establece el merecimiento de pena y luego la necesidad de protección por el derecho penal o necesidad de pena.

La referencia al individuo, la plasmación constitucional de la conducta a tipificar y su dañosidad social, son los tres aspectos que conforman el merecimiento de pena y el Tribunal Constitucional lo constata en su test de proporcionalidad mediante el examen de idoneidad

que exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional y una vez determinado tal fin, verifica si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin. En el primer paso se determina la plasmación constitucional (exclusiva protección de bienes jurídicos) y en el segundo la dañosidad social (lesividad).

En la necesidad de pena se debe constatar la subsidiariedad de la protección de bienes jurídicos y la naturaleza fragmentaria del derecho penal, en donde se le considerará como la última de entre las medidas protectoras al que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema. El Tribunal Constitucional lo establece mediante el examen de necesidad, en el cual evalúa si otros medios menos afflictivos para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la criminalización, pudieron ser empleados. Solo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

Consideramos que solo estos pasos debe seguir el Tribunal Constitucional para establecer la constitucionalidad de un bien jurídico, debiendo dejar de lado el examen de adecuación en el subprincipio de idoneidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto que realiza en su test de proporcionalidad, por exceder el criterio de la CIDH sentado en el fundamento 272 de la resolución del “caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, que expresamente considera que la jurisdicción penal militar en los estados democráticos, en tiempos de paz, debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno, el mismo que, como estamos constatando, solo permite el procedimiento de elaboración de los bienes jurídicos penales basado en el merecimiento y necesidad de pena.

Lo anterior permitirá identificar el bien jurídico individual que protege el bien jurídico colectivo. Luego se procederá a determinar el bien jurídico colectivo teniendo en consideración su función positiva, como es la de promoción o favorecimiento de la participación de los individuos en el sistema.

Por lo tanto, los bienes jurídicos que se engloban dentro del Derecho Penal Militar son los bienes jurídicos colectivos, que están en relación con todos y cada uno de los ciudadanos ligados al funcionamiento del sistema impuesto por el Estado peruano que es social y democrático de derecho. Por eso son de carácter macrosocial y al servicio de los bienes jurídicos individuales, lo que obliga a interpretar y aplicar los tipos militares y policiales conforme a este criterio.

FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALES DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL

Para lograr los objetivos trazados en el presente capítulo, se ha optado por el método dogmático, pero con las particularidades que le asigna el dogmatismo funcionalista de Roxin, quien lo denomina “método de la elaboración sistemática y conceptual”¹¹ y que, según palabras de Schuneman, consiste en partir del sistema básico del derecho penal y dirigirlo a través de tres exigencias fundamentales: orden conceptual y claridad, referencia a la realidad y orientación a las finalidades político-criminales¹². Así se logra un sistema fructífero que resuelve problemas difíciles en el campo del derecho penal, pero siempre teniendo como marco formal infranqueable la base legal conformada por los artículos 44° y

11 ROXIN, Claus (1997); *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Madrid, tomo I, Editorial Civitas S.A., p. 228.

12 SCHUNEMANN, Bernd (1991); *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal.*, En *Sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, pp. 63 y 64.

173° de la Constitución Política; el artículo VI del título preliminar del CPMP; y, supletoriamente, el artículo IV del título preliminar del Código Penal.

Para la referencia a la realidad resulta importante la invocación que hace la Procuraduría Pública del Ministerio de Justicia a los fundamentos 15, 17 y 121 de la STC N° 00001-2009-PI/TC y la mención al momento actual en que se encuentra nuestra sociedad como es la tercera etapa, caracterizada por el recrudecimiento del terrorismo aliado al narcotráfico, la urgente necesidad de impulsar el desarrollo económico y la superación de la pobreza, que son argumentos que van a obligar al Tribunal Constitucional, en caso que estime preliminarmente que los tipos cuestionados resultan inconstitucionales, a efectuar un análisis, como el realizado en la STC N° 00008-2012-PI/TC¹³, para establecer si existe otro sentido interpretativo que siendo compatible con la norma fundamental, evite tal declaratoria de inconstitucionalidad y permita el cambio de los criterios del Tribunal Constitucional que servirán para la plasmación de la Constitución en la realidad social.

Sin embargo, dicho fundamento debe ser reforzado con la descripción del contexto mundial a que hace referencia Ulrich Beck en su teoría sobre la “sociedad de riesgo” y al cual hemos abordado con meridiano detalle en la parte correspondiente a los bienes jurídicos colectivos. Asimismo, servirá de mucho en este aspecto fáctico que realiza la Procuraduría Pública del Ministerio de Justicia, que se base en estadísticas que reflejen el peligro que para nuestra sociedad representan las nuevas amenazas a la seguridad nacional y el orden público, como son: el mencionado terrorismo aliado al narcotráfico, el cibercrimen, la minería ilegal a gran escala con desprecio por el ecosistema, la criminalidad organizada con empleo de armamento de guerra, entre otras.

Toca ahora tratar el orden conceptual, por lo que procedemos a definir los bienes jurídicos afectados por el delito de función y protegidos por el CPMP, como aquellos bienes jurídicos penales vinculados a la existencia, organización, operatividad o funciones de las fuerzas armadas o la Policía Nacional así como al cumplimiento de los fines que la Constitución asigna a estas instituciones. Esta definición se sujeta estrictamente a los artículos I, II y VI del título preliminar del indicado cuerpo legal, los que constituyen el marco formal irrenunciable en una dogmática jurídica penal sea cerrada o abierta, máxime si dicha regulación se encuentra legitimada por fallos del Tribunal Constitucional.

Lo anterior es lo genérico, pero para elaborar o interpretar un bien jurídico específico del derecho penal militar, se sugiere seguir el mismo derrotero que se exige para la elaboración o interpretación de un bien jurídico colectivo, en donde primero se trata los bienes jurídicos individuales y luego el bien jurídico colectivo en sí, por lo que nos remitimos al capítulo anterior en lo concerniente a la forma como el Tribunal Constitucional en su test de proporcionalidad y la dogmática jurídico penal formulan los bienes jurídicos individuales, estableciendo primero el merecimiento de pena y luego la necesidad de protección por el derecho penal o necesidad de pena.

Identificado el bien jurídico individual, conforme al procedimiento anterior, se procede a determinar el bien jurídico colectivo para consagrar que el bien jurídico es propio de las fuerzas armadas y Policía Nacional y por tanto, constitucional conforme al artículo 173° de la carta magna, para lo cual debemos constatar que cumple la función positiva a que hace referencia Belén Mayo, como es la de promoción o favorecimiento de la participación de los individuos en el sistema. Y es que en la actualidad

la funcionalidad del sistema se ha vuelto igual de importante que la persona individual, puesto que sin el primer elemento muy probablemente la persona no pueda subsistir. Para identificar definitivamente al bien jurídico colectivo, debemos recurrir a las finalidades político criminales que orientan nuestro sistema penal militar.

Así están en las finalidades político criminales que orientan nuestra posición, los fundamentos filosóficos y doctrinarios que sirven de base a nuestro aporte; estos son los siguientes: el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, la interpretación del tipo conforme al bien jurídico penal, el contrato social y el estado social y democrático de derecho.

En lo concerniente al principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos y la interpretación del tipo conforme al bien jurídico penal, su importancia y explicación se infieren del tratamiento que se ha dado en este trabajo a los bienes jurídicos colectivos, por lo que remitimos al lector a dicha parte.

El contrato social tiene la característica que amplía el contenido cerrado de la Constitución y va a un contexto supranacional en donde el pacto para la regulación de derechos ya no solo es de índole nacional sino que está subordinado a los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Perú. Es por ello que deben tomarse siempre en cuenta estos tratados y sus fallos al momento de interpretar o elaborar tipos penales, como es el caso del fundamento 272 de la resolución del “caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”. En el ámbito nacional, los bienes jurídicos colectivos surgen también por la puesta en común de los intereses de los individuos que suscriben el contrato social. Los individuos que participan en el sistema hacen converger sus intereses, hacia un valor común, que al ser protegidos por el derecho, se convierten en un bien jurídico (colectivo). Por ello es necesario buscar cierto consenso nacional al momento de hacer alguna reforma en nuestro ordenamiento penal militar.

Dentro del estado social y democrático de derecho resalta el estado social que se preocupa de proteger, la persona no solo a través de deberes negativos, sino también positivos, promoviendo condiciones que posibiliten lograr el máximo desarrollo de la persona. Estos son impuestos al personal militar y policial en actividad y consisten en brindar seguridad nacional y orden público a los ciudadanos del país con el fin de hacer viable su subsistencia y desarrollo. Es por ello que estos deberes deben ser considerados como bienes jurídicos colectivos y ser protegidos por el CPMP, tipificando su transgresión como delitos de infracción de deber, cuya sanción penal debe ser mayor que a los ciudadanos comunes y corrientes.

Pongamos en práctica este procedimiento en el artículo 60° del CPMP, cuestionado por la demanda de inconstitucionalidad.

El inciso 2 del artículo 60° del CPMP tipifica el delito de rebelión militar policial y sanciona penalmente al personal militar o policial que se levante en armas y en grupo para alterar el régimen constitucional. Formalmente, en el ámbito del CPMP, según el capítulo en que se estructura, el bien jurídico es la **seguridad interna**; mientras que en el fuero común lo es el **régimen constitucional** por estar regulada la misma descripción en el artículo 346° del Código Penal, pero con la diferencia que este último delito es atribuido a civiles.

¿Por qué el bien jurídico afectado por el delito de rebelión cometido por un militar o policía, es uno de índole militar o policial? **No lo es solo por el hecho de que el sujeto activo sea militar o policía en actividad**, ni porque haya cometido dicho ilícito en acto u ocasión de servicio, sino porque ha infringido el deber positivo impuesto por el Estado y la sociedad peruana de salvaguardar y defender hasta con su vida la estabilidad del régimen constitucional, con el fin de que el estado continúe promoviendo las condiciones que posibiliten lograr el máximo desarrollo de las personas en democracia. Es por ello que la pena establecida en el citado artículo 60° es mayor

que la del artículo 346° del Código Penal. Así, la **subordinación militar al régimen constitucional** constituye el bien jurídico colectivo propio y particular de las fuerzas armadas y Policía Nacional, protegido en el artículo 60°, inciso 2, del CPMP. Por lo tanto, el referido tipo penal es constitucional, por estar inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno en un estado social y democrático de derecho como el nuestro.

Con todo lo aquí expuesto, damos por concluido el presente estudio, esperando haber contribuido tanto académica como profesionalmente con nuestra jurisdicción militar policial, respecto a la cual quienes laboramos en su recinto estamos obligados a lograr su consolidación en nuestra sociedad, como baluarte de la legalidad y administración de justicia.

Bibliografía

- ALZAMORA VALDEZ, Mario (1982). *“Introducción a la Ciencia del Derecho”*, Lima, séptima edición.
- CARO CORIA, Carlos; *Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jackobs*, Lima, en revista THEMIS N° 35.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, web <<http://www.oas.org/es/cidh>>.

- GARCÍA RIVAS, Nicolás (1996). *El poder punitivo en el estado democrático*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- MAYO CALDERÓN, Belén (2005). *Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos*, en *Revista peruana de Ciencias Penales*, N° 17, Lima, Editorial IDEMSA.
- MIR PUIG, Santiago (1994). *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Editorial Ariel S. A., primera edición.
- PAZ M. De La Cuesta Aguado (2005). “Sociedad del riesgo y derecho penal”, en *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Lima, Ara Editores E.I.R.L.
- REYNA ALFARO, Luis (2002). *Manual de derecho penal económico - Parte general y parte especial*, Lima, Gaceta Jurídica, primera edición.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo (1999). *El contrato social o principios del derecho político*, editado por elaleph.com.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, tomo I, Madrid, Editorial Civitas S.A.
- _____. (2004). “¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?” En *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, N° 5, Lima, Editorial Grijley.
- _____. (2004). “Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la dogmática jurídico-penal”. En *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, N° 5, Editorial Grijley.

IMPACTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA MILITAR POLICIAL EN EL ORDEN INTERNACIONAL

Cómo empoderar su institucionalidad mediante el derecho humanitario, los derechos humanos y el derecho penal militar policial e internacional penal

*Gustavo Adolfo Botetano Villafuerte**

La justicia militar policial, en el marco de lo establecido en la Constitución Política, se constituye como una jurisdicción especializada en materia penal que alcanza, a quien teniendo la calidad de militar o policía en situación de actividad comete, con ocasión del ejercicio de la función militar o policial, un hecho punible que afecta un bien jurídico relacionado con la organización o finalidad de las fuerzas armadas o Policía Nacional, en tiempo de paz, estado de emergencia, conflicto armado e incluso durante una operación de paz de la ONU. Por su naturaleza de especializada, se fundamenta en las normas y principios del derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal militar policial y derecho internacional penal, siendo necesario que su difusión alcance a todos los oficiales del cuerpo jurídico militar policial.

123

¿POR QUÉ ES IMPORTANTE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO?

Porque es necesario identificarlo como el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales, y que, por razones humanitarias, limita el derecho de las partes en conflictos a elegir

* Catedrático universitario en Derecho Penal Privativo, Derecho Constitucional y Derecho Internacional Humanitario. Presidente del Tribunal Superior Militar Policial del Sur Oriente. Diplomado en Derecho Penal Militar Policial. Observador policial para misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, acreditado por el Cuerpo Nacional de Policía de España. Representante del Perú en el Taller Internacional sobre Operaciones de Paz de la ONU, acreditado por el Centre Pearson de Canadá.

libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados o que pueden estar afectados por el conflicto. Sus normas no eliminan la guerra, sin embargo, tienen por objeto limitar en lo posible los daños causados por los conflictos armados a las propias fuerzas armadas, a las personas y a los bienes de carácter civil, brindando protección a las víctimas de los conflictos armados, es decir, a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades; asimismo, protege los bienes culturales o religiosos, y de la población civil, así como de aquellas instalaciones que contienen fuerzas peligrosas cuya destrucción puede ocasionar daños devastadores.

Porque es necesario conocer que su objetivo es restringir el empleo de armas de gran poder de destrucción, y el uso de tácticas o estrategias que ocasionen o puedan ocasionar destrucción o daños innecesarios, que no constituyan blancos u objetivos militares. Comprende dos ramas con un mismo interés humanitario: (a) el “derecho tipo Ginebra”, cuyo objetivo es proteger a los militares fuera de combate (heridos y enfermos, prisioneros de guerra), y a las personas que no participan directamente de las hostilidades (población civil); (b) el “derecho tipo La Haya”, que regulan los derechos y obligaciones de los militares que participan en la conducción de las operaciones militares, y que limita los medios para hacer la guerra.

Porque es necesario conocer, que ambas ramas reciben el nombre de las respectivas ciudades de Europa donde inicialmente se adoptaron las normas codificadas. Actualmente ya no tienen la misma relevancia debido a que con la firma de los dos protocolos adicionales de 1977 a los convenios de Ginebra, hoy esta clasificación tiene un valor de mayor interés didáctico. Existen principios básicos que sustentan sus normas y que son aplicados en los conflictos armados tanto internacionales como internos. Estos son:

- Trato humano y no discriminación: se entiende que toda persona debe ser tratada

con humanidad y sin discriminación alguna basada en el sexo, la nacionalidad, la raza, las ideas religiosas o políticas; quienes estén fuera de combate, tales como los militares combatientes que se rindan, la tripulación de una aeronave atacada que se lance en paracaídas, los heridos, los enfermos, los náufragos y los prisioneros de guerra, el personal sanitario y religioso, así como las personas civiles, deben ser tratados con humanidad y protegidos contra cualquier ataque;

- Necesidad militar: los ataques deben estar justificados por motivos de índole militar y que proporcione una ventaja militar; los ataques a objetivos no militares están prohibidos;
- Limitación: están restringidos las armas y los métodos de guerra que puedan causar sufrimientos innecesarios y daños superfluos;
- Proporcionalidad: al ser atacados objetivos militares no debe efectuarse indiscriminadamente; la población civil y sus bienes deben ser preservados lo máximo posible de los daños incidentales o fortuitos;
- Distinción entre combatientes y no combatientes: los combatientes pueden ser objetos de ataques, pero está prohibido hacerlo contra los no combatientes; estos están protegidos mientras no participen directamente en las hostilidades; los bienes de carácter civil no son objetivos militares, debiendo ser protegidos del pillaje, solo podrán ser requisados si su uso sea necesario para una finalidad militar.

Porque es necesario conocer que las partes en un conflicto armado están obligadas a respetarlas de acuerdo al principio de universalidad y humanidad; también debe ser aplicado por el estado en cuyo territorio se produce un conflicto armado interno. Hay conflicto armado internacional, aunque no exista previa declaración de guerra, cuando efectivos de las fuerzas armadas de dos o más estados se enfrentan en operaciones militares, o cuando en forma intencional

son atacados objetivos en el territorio o en las aguas jurisdiccionales de otro estado, o cuando haya ocupación total o parcial del territorio de un estado por fuerzas de otro estado aunque no haya resistencia armada, o en los conflictos armados en que los pueblos o naciones luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o contra los regímenes de gobiernos racistas, en ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.

Porque es necesario conocer que en los CANI son aplicables los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977. Un conflicto armado no internacional tiene lugar en el territorio de un mismo estado: cuando se enfrentan las fuerzas armadas leales al gobierno contra una fracción de fuerzas armadas insurrectas, o cuando hay enfrentamiento entre fuerzas armadas contra grupos armados organizados que, bajo la conducción de un mando responsable, con autoridad suficiente para imponer disciplina sobre sus comandados, tenga voluntad y capacidad para aplicar las normas del DIH y ejerzan el control de una parte del territorio que les permita efectuar operaciones militares sostenidas y planificadas. Son aplicables el artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977.

Porque es necesario conocer que no se aplica en situaciones de violencia, tales como disturbios interiores, tensiones internas y otras situaciones de violencia interna que no alcanzan la intensidad de un conflicto armado. En estos casos se puede invocar las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, así como aplicar la legislación interna. Sus normas brindan protección a toda persona o categoría de persona que no participa directamente o ha dejado de participar en el conflicto.

En los conflictos armados internacionales protegen a:

- Militares heridos o enfermos en las guerras o conflictos armados terrestres, y al personal sanitario de las fuerzas armadas;

- Militares heridos, enfermos y náufragos en los conflictos armados en el mar, así como al personal sanitario de las fuerzas navales;
- Prisioneros de guerra;
- Población civil como: personas civiles residentes en territorios ocupados, personas civiles detenidas o internadas, personal sanitario, religioso y de organismos de protección civil.

Cuando hay un conflicto armado interno, sus normas protegen a:

- Combatientes heridos o enfermos;
- Personal sanitario y religioso;
- Personas privadas de libertad a causa del conflicto;
- Población civil.

Porque es necesario conocer que las denominadas “normas fundamentales del DIH” no son precisamente disposiciones de carácter jurídico; son principios que sintetizan todo el cuerpo de normas que lo conforman y fueron redactados con fines didácticos para facilitar su difusión; a saber:

- Las personas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral; serán protegidas y tratadas con humanidad, sin ninguna distinción de carácter desfavorable;
- Está prohibido matar o herir a un adversario que se rinda o que esté fuera de combate;
- Los heridos y enfermos serán recogidos y asistidos por la parte en conflicto que los tenga en su poder; esta protección se extiende, asimismo, al personal sanitario, a los establecimientos, a los medios de transporte y al material sanitario;
- Los combatientes capturados y las personas civiles que estén bajo la autoridad de la parte adversa tienen derecho a que se les

respeten la vida, la dignidad, los derechos personales y las convicciones; serán protegidos contra todo acto de violencia y de represalias; tendrán derecho a intercambiar noticias con sus familiares y a recibir socorro;

- Toda persona se beneficiará de las garantías judiciales fundamentales; a nadie se considerará responsable de un acto que no haya cometido; nadie será sometido a tortura física o mental, ni a castigos corporales o a tratos crueles o degradantes;
- Las partes en conflicto y los miembros de sus fuerzas armadas no tienen un derecho ilimitado en lo que respecta a la elección de los métodos y los medios de guerra; se prohíbe emplear armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos.

Porque es necesario conocer que toda persona, civil o militar, que sea ciudadano de un estado parte en los convenios de Ginebra de 1949, de los dos protocolos adicionales de 1977 y del Tratado de Roma de 1998, y que viole gravemente u ordene a otra realizar un acto violatorio de las normas del derecho internacional humanitario puede ser juzgado por “crimen de guerra”.

Porque es necesario conocer que sus normas son aplicables únicamente cuando estalla un conflicto armado internacional, haya habido o no previamente declaración de guerra. O cuando habiéndolo declarado una de las partes beligerantes, la otra no lo haya reconocido. Igualmente son aplicables cuando se produce un conflicto armado interno. En este caso tienen el deber de aplicarlo las fuerzas armadas que combaten a los grupos armados organizados. Por razones inherentes a la seguridad del país y mientras dure el conflicto, los gobiernos, siempre que la legislación interna del estado lo permita, pueden derogar o suspender la vigencia de algunos derechos fundamentales, como por ejemplo: el derecho de reunión, de huelga, de locomoción, la inviolabilidad de la carta epistolar, entre otros.

Porque es necesario conocer que no algunos derechos esenciales que hacen a la dignidad de las personas son inderogables y se conservan siempre vigentes, como la prohibición de la tortura, de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, la esclavitud y la servidumbre, el derecho a la defensa en juicio y la irretroactividad de la ley. La aplicación de las normas del DIH y DDHH es responsabilidad de los estados, los cuales deben adoptar las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de dichas normas, tanto en tiempo de paz como de conflictos armados. Para ello se deben dictar las leyes penales que prevengan y castiguen los crímenes de guerra, protejan los bienes culturales y de la población civil, brinden protección a quienes estén autorizados a usar el emblema de la cruz roja y de la media luna roja y sancionen a los que lo usen en forma abusiva. También es obligación de los estados la aplicación de las garantías judiciales fundamentales, la difusión del DIH y la formación de personal especializado en esa rama jurídica, especialmente asesores jurídicos.

Porque es necesario conocer que el DIH contiene normas expresas que imponen la obligación de sancionar a quienes la violan, así como el mecanismo para garantizar su cumplimiento. Establece particularmente la responsabilidad de aquellos que violan o mandan violar sus disposiciones normativas, y exige que estos deban ser juzgados y sancionados por cometer infracciones. Las violaciones más graves se denominan crímenes de guerra. Las violaciones graves o crímenes de guerra se hallan mencionadas en las convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales I y II de 1977, entre las cuales se pueden consignar las siguientes:

- Homicidio intencional.
- Tortura o tratos inhumanos.
- Experimentos biológicos.
- Causar deliberadamente grandes sufrimientos.
- Atentar gravemente contra la integridad física o la salud.

- Destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, efectuadas a gran escala, ilegal y arbitrariamente.
- El hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la potencia captora.
- El hecho de privar intencionalmente a un prisionero de guerra, o a una persona protegida por el DIH, del derecho a ser juzgado imparcialmente según los convenios.
- La deportación o el traslado ilegal.
- La toma de rehenes.
- La detención ilegal de una persona protegida.
- Hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles.
- Hacer objeto de ataque a localidades y zonas no defendidas y desmilitarizadas.
- Hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate.
- Lanzar un ataque contra obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a sabiendas que causará muertos o heridos entre la población civil.
- Hacer uso perverso del emblema de la cruz roja y de la media luna roja, o de otros signos.
- Las prácticas racistas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes que constituyan un ultraje a la dignidad humana.

Porque es necesario conocer que el DIH tiene por finalidad la protección del ser humano, ayudándole a sortear todos los peligros concernientes a su seguridad y bienes personales, salvaguardando su integridad física y de los miembros de su familia, en todas las situaciones que atraviese en un conflicto armado que este derecho se aplica. Como se puede observar el DIH es un derecho que propugna la sobrevivencia misma de la persona humana en

las situaciones de violencia que le toque vivir. Concluyendo, mientras los DDHH tienen aplicación en todo tiempo, aunque algunos puedan ser suspendidos temporalmente durante un conflicto armado, el DIH únicamente puede ser aplicado cuando sobreviene una situación de violencia. De ahí que este es un derecho de excepción que solamente se permite su intervención en caso de ruptura del orden internacional y cuando se altera el orden constitucional, en caso de conflicto armado interno.

¿POR QUÉ ES IMPORTANTE EL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Porque es necesario conocer que existen normas especiales que regulan la administración de justicia respecto de miembros de la fuerza pública, que se explica porque, en determinados casos, los militares y policías tienen fuero en relación con ciertas conductas específicas propias de sus funciones constitucionales. Se denomina fuero, a la garantía en virtud de la cual ciertas personas deben, por causa de su empleo, función, actividad o procedencia étnica, ser procesadas penalmente por autoridades de carácter no común o general. El fuero, que equivale a jurisdicción especial, constituye una excepción a la regla democrática de la aplicación igualitaria de la ley. Sin embargo, deben incluirse los fueros o jurisdicciones especiales como parte especial integrante del derecho penal general, y dentro del sistema constitucional democrático, con independencia y separación de poderes y funciones constitucionales.

Porque es necesario conocer que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, señala que el fuero militar es una instancia especial exclusivamente funcional destinada a mantener la disciplina de las fuerzas armadas y de seguridad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, expresa que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional

reserva su aplicación a los militares que hayan caído en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. El sistema penal militar es una rama especializada del derecho penal común y debe, por lo tanto, estar sometido a los principios y garantías del debido proceso en una adecuada administración de justicia.

Porque es necesario conocer que en los ámbitos universal y regional los instrumentos internacionales sobre derechos humanos establecen los principios básicos que deben regir la administración de la justicia. Estas nociones parten de una premisa esencial, como es el deber de los estados de proteger y garantizar a todas las personas, sin discriminación alguna, los derechos humanos. Para una protección y garantía eficaz se hace necesaria la existencia de normas que protejan esos derechos, de recursos y mecanismos idóneos para hacerlos efectivos y de un sistema judicial que actúe consecuentemente. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos recogen los principios respecto al debido proceso legal, entre estos:

- Derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial.
- Derecho a ser juzgado con las debidas garantías de igualdad, equidad, presunción de inocencia.
- Derecho a una defensa adecuada.
- Derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas
- Derecho al respeto del principio de legalidad y retroactividad de la ley más benigna.
- Derecho a recurrir de un fallo condenatorio ante un juez o tribunal superior.

Porque es necesario conocer que estos principios generales han sido desarrollados más ampliamente en los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, instrumento que da las pautas del contenido y la dimensión de las garantías judiciales. Algunas

normas internacionales se aplican a la justicia penal militar de forma genérica, en cuanto regulan las pautas citadas sobre una adecuada administración de justicia, el debido proceso y las garantías judiciales. Otras disposiciones se refieren particularmente al tema de la justicia penal militar en relación con las violaciones a los derechos humanos.

Entre las primeras:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.3.a), 4.2, 14 y 15, que regulan el derecho a un recurso efectivo, por violación de derechos o libertades fundamentales, el derecho a ser juzgado con las debidas garantías, el principio de legalidad y el principio de retroactividad; en este pacto también se enuncian los llamados derechos intangibles;
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 8°, 9°, 24°, 25° y 27.2°, que se refieren a las garantías judiciales de un debido proceso, el principio de legalidad y retroactividad, la igualdad ante la ley, la protección judicial mediante un recurso sencillo y rápido, y las disposiciones que no son susceptibles de suspensión, ni aún en estado de excepción, como las garantías judiciales indispensables para la protección de derechos fundamentales;
- Los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, principios 1, 2, 3, 5, 10 y 13, que se refieren a la independencia e imparcialidad de los jueces y magistrados, el juzgamiento por tribunales ordinarios y mediante procedimientos legalmente establecidos, la competencia profesional, selección y formación de los jueces y sus condiciones de servicio.

En cuanto a los instrumentos que contienen normas sobre justicia militar:

- La Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, artículo 2°, que prohíbe la invocación de la obediencia debida como

justificación para la comisión de ese delito;

- La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículos 6 y 16, sobre la exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad, y la obligación de juzgamiento por tribunales ordinarios, con exclusión de la jurisdicción militar;
- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículos 8°, 9° y 10°, que se refieren a la inaplicabilidad de la obediencia debida, la exclusión de la jurisdicción militar y la no suspensión de estas normas por circunstancias excepcionales;
- El Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, principios 29 y 31, referidos a la responsabilidad por obediencia, a las restricciones al ejercicio de la jurisdicción militar y a la exclusión del juzgamiento castrense de violaciones a los derechos humanos;
- El Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 33, que se refiere a la exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad.

Porque es necesario conocer que la corte se ha pronunciado reiteradamente sobre el deber de los estados de respetar y garantizar los derechos humanos a todas las personas sometidas a su jurisdicción, declarando que tal obligación implica el deber de los estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos reconocidos por la convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso,

la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Porque es necesario conocer que esto genera la exigencia de que todas las violaciones sean efectivamente investigadas y todos los responsables identificados y sancionados, sin exclusión de ninguna forma de participación en un hecho violatorio, como autor, cómplice o instigador, sea por acción o por omisión. La forma de participación en una violación de derechos humanos determina el grado de responsabilidad en el hecho, graduando así la pena correspondiente, pero no incide en la cuestión de competencia. La exclusión del fuero militar, así como la interpretación restrictiva del mismo, se aplican por consiguiente a todos los responsables directos e indirectos de un hecho, pues las normas internacionales no hacen distinción alguna en este sentido.

Porque es necesario conocer que en la normativa internacional no existe una prohibición en cuanto a la existencia del fuero militar. No obstante, esa normativa, según la interpretación de la jurisprudencia y la doctrina internacionales, impone límites claros relativos a su ámbito de aplicación, mediante el principio de aplicación restrictiva y excepcional de la jurisdicción militar. Tomando en cuenta esta restricción, es importante evitar en la ley penal las definiciones y conceptos ambiguos, que dejen dudas sobre la conducta incriminada o la jurisdicción aplicable a esta. Es por ello que la Corte entiende que, cuando se formulan los tipos penales, es preciso utilizar términos estrictos y unívocos que hagan efectivo el principio de legalidad. Esto porque cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debería conocer la justicia ordinaria, se estaría afectando el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.

Porque es necesario conocer que existen algunos estándares sobre justicia militar en el derecho internacional de los derechos humanos. Algunas sentencias de tribunales internacionales, así como instrumentos de *soft law*, como las

declaraciones, resoluciones, recomendaciones, comunicaciones emitidas por organizaciones u organismos de protección de derechos humanos, es decir, documentos que carecen de carácter vinculante para los estados, pero que, en general, reflejan la voluntad de la comunidad internacional de imponer ciertos parámetros a los estados en los que existen tribunales militares los cuales deben adecuarse. La ausencia de normas en este ámbito no implica que no existan criterios y principios internacionales de carácter general que regulen las obligaciones de derechos humanos de los estados;

- El derecho internacional de los derechos humanos impone a los estados lo que la doctrina y jurisprudencia internacional denominan el deber de garantía, el cual puede definirse como el conjunto de obligaciones de garantizar o proteger los derechos humanos; este consiste en el deber de prevenir las conductas antijurídicas y si estas se producen, de investigarlas, de juzgar y sancionar a los culpables y de indemnizar a las víctimas;
- A nivel del sistema interamericano y del sistema universal, se entiende que los tribunales militares, al tratarse de una jurisdicción especializada, tienen competencia funcional o restringida; deben avocarse a conocer casos que involucren la comisión de delitos de función, cometidos por militares en servicio activo y en el ejercicio de funciones castrenses;
- Existe una prohibición de juzgamiento de violaciones a derechos humanos ante la jurisdicción militar; ello ocurre en tanto los bienes jurídicos como la vida, el cuerpo y la salud, que no son de carácter exclusivo, ni tienen conexión cercana con la finalidad y existencia de las instituciones castrenses; de juzgarse en esta vía y no ante la justicia ordinaria se afecta, entre otros, el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de estos delitos;
- Los tribunales militares deben cumplir con las garantías del debido proceso exigibles a

toda entidad que imparte justicia; las garantías de independencia e imparcialidad de cualquier tribunal jurisdiccional es un estándar necesario al que las jurisdicciones militares deben adecuarse;

- La regla de prohibición de juzgamiento de civiles ante la jurisdicción militar, en la medida que se afecta la garantía de juez natural y la garantía del juez independiente e imparcial; el fuero militar policial es una instancia exclusivamente funcional, destinada a mantener la disciplina de las fuerzas armadas y la Policía Nacional, que solo debe ser aplicable a las personas que integran dichas fuerzas;
- La competencia de la justicia militar debe ser restringida porque ella, por lo general, se encuentra vinculada a la impunidad generada a partir de la falta de sanción, investigación y de recursos judiciales adecuados, para las situaciones que involucran graves violaciones de derechos humanos cometidas en muchos casos por miembros de las fuerzas armadas y policiales;

Porque es necesario conocer la relevancia y trascendencia jurídica y operativa de la justicia a partir de estándares mínimo indispensables, que todo sistema de impartición de justicia en el que se configure la existencia de tribunales especializados en lo penal militar policial, deben respetar.

¿POR QUÉ ES IMPORTANTE EL DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL?

Porque es necesario conocer si existen o no reglas claras para la fuerza pública en materia de justicia. Al respecto, sí existen reglas claras que establecen la línea divisoria entre las competencias de la jurisdicción especializada penal militar policial y la jurisdicción ordinaria. Toda intención de reforma debe orientarse a garantizar su independencia e imparcialidad, basándose en condiciones fundamentales para cualquier operador de justicia que actúe bajo

los estándares y principios internacionales del estado de derecho.

La jurisprudencia y los estándares internacionales coinciden en cuanto se refiere a las previsiones acordadas por la comunidad internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares, Principio N° 8, referido a la competencia funcional de los órganos judiciales militares, se precisa que esta “debe ser castrense y por el personal militar”. Uno de los aspectos más debatidos está referido a responder a la pregunta si las violaciones al derecho internacional humanitario, en cuanto hacían parte de las normas que rigen las operaciones militares, se integraban a la normativa propia del servicio militar y, por tanto, debían ser conocidas por la jurisdicción penal militar. Sobre el particular, los principios de las Naciones Unidas, que sustentan los comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja, refieren lo siguiente:

“Principio N° 4: En período de conflicto armado, los principios del derecho humanitario, en particular las disposiciones del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, se aplican plenamente a los órganos judiciales militares”.

“Comentario: 17. El derecho internacional humanitario también establece garantías mínimas en materia judicial. El párrafo 4 del artículo 75° del Protocolo I de los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 prescribe las garantías fundamentales en materia judicial que deben respetarse incluso en caso de conflictos internacionales, haciendo alusión a un tribunal imparcial constituido con arreglo a la ley, lo que, como ha dicho el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), subraya la necesidad de impartir una justicia tan serena como sea posible, incluso en las circunstancias extremas de un conflicto armado, en que el valor de la vida humana cuenta a veces poco. El párrafo 2 del artículo 6° del

Protocolo II, habla a su vez, de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. Según el CICR, se reafirma en él el principio de que toda persona acusada de haber cometido una infracción en relación con el conflicto tendrá derecho a un proceso ordinario. Ese derecho será efectivo solo si la sentencia se dicta por un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad.” (referencia: Comentarios del CICR al Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas en conflictos armados sin carácter internacional).

Porque es necesario conocer que nada indica que existan vacíos en el alcance de las dos jurisdicciones y mucho menos respecto a los conflictos de competencias. Cualquier reforma a la jurisdicción penal militar policial debe garantizar la independencia e imparcialidad propias de los tribunales de justicia y exigencia de las normas internacionales que no pueden ser suspendidas ni aún en estados de excepción (principios 13 y 15 y arts. 27° y 8° de la Convención Americana y arts. 4° y 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Los estados del continente americano están obligados, en virtud de las normas de la convención americana y del pacto, a impartir justicia a través de jueces y tribunales independientes e imparciales, establecidos con anterioridad por las leyes. Significando que los miembros de la fuerza pública militar y policial merecen una justicia de excelencia, independiente e imparcial.

Porque es necesario conocer que el denominado nuevo Código Penal Militar Policial, aprobado con Decreto Legislativo N° 1094, se aplica respecto a hechos punibles cometidos en tiempos de paz, estado de emergencia, conflicto armado o durante una operación de paz de las Naciones Unidas. Respecto a la tipificación y sanción de los delitos cometidos contra el derecho internacional humanitario, se precisa que son personas protegidas por el DIH:

- Las personas protegidas por los convenios de Ginebra I, II, III y IV del 12 de agosto de 1949, el Protocolo Adicional I a los convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977 (tratándose de un conflicto armado internacional);
- Las personas que ameritan protección según el artículo 3° común a los convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional II a los convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977 (tratándose de un conflicto armado no internacional);
- Los miembros de las fuerzas armadas y las personas que participan directamente en las hostilidades y que han depuesto las armas o de cualquier otro modo se encuentran indefensas (tratándose de conflictos armados internacionales y no internacionales).

Porque es necesario conocer que este código y el Decreto Legislativo N° 1095, respectivamente, reprimen al superior con la misma pena que le corresponda a aquellos que, encontrándose bajo su mando o autoridad y control efectivo, cometen un delito descrito en el referido título, siempre que hubiere conocido que sus subordinados estaban cometiendo esos delitos o se proponían cometerlos, y no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el delito en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento; asimismo, establecen que el superior asume la responsabilidad correspondiente cuando hubiera tenido conocimiento de que sus subordinados infringieron estas disposiciones y no hubiera adoptado oportunamente las medidas preventivas o correctivas a su disposición.

Porque es necesario conocer que en su contexto, el Decreto Legislativo N° 1095, que establece las reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las fuerzas armadas en el territorio nacional, señala que:

- Cuando la actuación de las fuerzas armadas en estado de emergencia se orienta a

conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de este, rigen las normas del derecho internacional humanitario (supuesto que supondría la existencia de un conflicto armado interno o internacional en que las operaciones militares se desarrollan en el territorio nacional);

- Cuando la actuación de las fuerzas armadas en estado de emergencia se orienta a realizar acciones militares en apoyo a la Policía Nacional para el control del orden interno, rigen las normas del derecho internacional de los derechos humanos (situación que no supondría la existencia de un conflicto armado interno o internacional).

Porque es necesario conocer que el conflicto armado interno es aquel que es librado dentro de las fronteras de un país, entre diferentes facciones articuladas por factores étnicos, religiosos o políticos, asociados frecuentemente a intereses económicos. Son conflictos de tipo armado, en los que la colectividad no puede gestionar y confrontar sus intereses, degenerando un ciclo de violencia. La dinámica del conflicto puede implicar que un conflicto o desacuerdo entre varias partes se convierta en un conflicto armado. Se aplican las normas y principios del derecho internacional humanitario. El artículo 1° del Protocolo II de 1977 considera conflicto armado no internacional, todo conflicto que se desarrolle en el territorio de un estado, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el derecho internacional establecido para ese tipo de conflicto.

Porque es necesario conocer que los disturbios y las tensiones interiores son situaciones en las que no existe el grado de violencia suficiente para considerarlos conflictos armados, conforme lo declara el Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra de 1949. Resulta

aplicable el artículo 3° común de los convenios de Ginebra y los derechos humanos conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Las tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos no son considerados como conflictos armados. El conflicto armado internacional es la confrontación armada entre dos o más estados. Comprende también las guerras de liberación nacional en las que los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera (haya o no resistencia activa) o contra un régimen racista y, en general, las guerras que pueden surgir cuando los pueblos quieren ejercer su derecho a la libre determinación.

Porque es necesario conocer, que la lógica empleada por los decretos legislativos N° 1094 y 1095, respecto a los delitos cometidos contra el derecho internacional humanitario, genera un conflicto de carácter jurídico con implicancia en la jurisdicción especial penal militar policial, desde el punto de vista que “la existencia de un conflicto armado” es la situación que determina la aplicación del derecho internacional humanitario, mas no “la mera declaración de emergencia que dispone asumir a las fuerzas armadas el control del orden interno” como señalan estas normas legales.

Porque es necesario conocer que el Código Penal Militar Policial indica “estados de excepción”, pudiéndose entender que se refiere al estado de sitio (por invasión, guerra exterior o guerra civil, es decir, situaciones afines al conflicto armado), e incluso al estado de emergencia (por perturbación de la paz o el orden interno, catástrofe o graves circunstancias que agraven la vida de la nación, es decir, situaciones no tan graves como las que operan un estado de sitio). Ver el artículo 137° de la Constitución Política del Perú. Más aún, el Decreto Legislativo N° 1095 hace referencia a la actuación de las fuerzas armadas en “estado de emergencia”, orientada a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de este, rigiendo las normas

del “derecho internacional humanitario” (que supondría la existencia de un conflicto armado interno o internacional en que las operaciones militares se desarrollan en el territorio nacional). Precizando finalmente que las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas en aplicación del referido decreto legislativo o en ejercicio de su función, son de competencia del fuero militar policial, de conformidad con el artículo 173° de la Constitución Política del Perú.

Porque es necesario conocer que, en su caso, la jurisdicción especializada militar policial alcanza situaciones de hecho cometidas durante las operaciones de paz de las Naciones Unidas, que consisten en el uso de fuerzas multinacionales, que en determinadas circunstancias están bajo el mando de las Naciones Unidas y sirven para ayudar a resolver los enfrentamientos entre países y comunidades, contribuyendo a mantener el conflicto bajo control. Estas operaciones solamente pueden ser establecidas si los países o comunidades están de acuerdo y el Consejo de Seguridad de la ONU apoya el envío de tropas para organizar una operación de paz. Debe tenerse en cuenta que la Organización de las Naciones Unidas no cuenta con una fuerza militar propia, razón por la cual los efectivos y personal, así como las armas y equipo pesado utilizados en las operaciones de mantenimiento de la paz, son aportados por los estados miembros de la Carta de las Naciones Unidas. Pueden ser:

- Fuerzas de mantenimiento de la paz, cuyo personal está provisto de armas ligeras y está autorizado a utilizarlas para defensa propia, a fin de evitar utilizar la fuerza en favor de una de las partes en conflicto y asegurar la efectividad de la misión; sus funciones son: observar e informar respecto a treguas o cese del fuego, investigar e informar respecto a violaciones a treguas o cese del fuego, cuidar de zonas de contención o áreas desmilitarizadas, mantener separadas a las fuerzas en conflicto, monitorear fronteras;

- Misiones de observación, cuyo personal no está armado; sus funciones principales son: apoyar el fortalecimiento de instituciones locales y administraciones transicionales, apoyar aspectos políticos de la misión, administración y logística, derechos humanos e información pública, cumplir responsabilidades relacionadas al gobierno de administraciones y servicios locales, sistemas presupuestarios y fiscales, utilidades públicas y los sectores de salud y educación, sistemas judiciales, efectuar acciones de desminado humanitario, apoyar la desmovilización de las tropas en conflicto, apoyar la reintegración de los combatientes a la vida civil, apoyar el reparto de comida, alimento y vacunas, ejercer funciones de policía civil, apoyar el mantenimiento de vehículos, logística y telecomunicaciones.

134

Porque es necesario conocer que la comunidad internacional reconoce que las misiones de paz posibilitan la continuidad de los esfuerzos de carácter diplomático y político orientados a lograr la paz. El mantenimiento de la paz solamente funciona si las partes en conflicto ponen de manifiesto la voluntad política de respetar los acuerdos y permitir que el personal de la ONU cumpla su misión. Las operaciones de mantenimiento de la paz son positivas y generan efectos que contribuyen, entre otros aspectos a destacar, a:

- Ayudar a determinar fronteras de seguridad entre las comunidades enfrentadas, a fin de garantizar el alto al fuego y el cese de la lucha armada;
- Auxiliar a los refugiados y desplazados para que retornen a su patria y para que se reintegren a su comunidad;
- Remover las minas terrestres a fin de evitar accidentes;
- Reparar las carreteras y puentes que posibiliten las comunicaciones y el tránsito;
- Ayudar a reforzar las instituciones públicas, la ley y el orden;

- Vigilar la legalidad de las elecciones y apoyar la consolidación de la democracia;
- Verificar el respeto a los derechos humanos y el derecho humanitario;
- Ayudar a desarmar a los bandos enfrentados;
- Alentar a la disminución de la cantidad y peligrosidad del armamento;
- Ayudar a consolidar y asegurar la paz y la seguridad en las zonas en conflicto luego que las Naciones Unidas se retire.

¿POR QUÉ ES IMPORTANTE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL?

Porque es necesario conocer que el derecho internacional penal define los crímenes internacionales y regula el funcionamiento de los tribunales competentes para conocer de los casos en los que los individuos incurran en responsabilidad penal internacional, imponiendo las sanciones que correspondan. El surgimiento de esta rama implica la evolución del derecho internacional clásico, que era esencialmente interestatal y no consideraba a la persona como sujeto de derecho internacional.

Porque es necesario conocer que se ha constituido en el marco de un proceso de afianzamiento y desarrollo de la actividad delictiva internacional, caracterizada por la violación de las normas del derecho internacional, por individuos plenamente identificados, existiendo una especie de reacción jurídica a través de un proceso de perfeccionamiento estatal e internacional sobre la prevención y la represión de actos delictivos. La internacionalización de la criminalidad se presenta en dos aspectos: funcional y tecnológico.

- Funcional: se asume como la internacionalización del peligro en la sociedad, producto de la realización de actos delictivos, entendiéndose a estos como delitos contra la paz y seguridad de la humanidad, atentados contra la humanidad, actos que

representan peligro para algunos estados o quebrantamiento de las relaciones internacionales;

- Tecnológico: se establece como la internacionalización de las formas y los métodos de actos delictivos; es decir, el desarrollo de la organización delictiva internacional, tráfico ilícito transfronterizo de mercancías y otros valores, uso de las comunicaciones con el objetivo de concretar actos delictivos, tráfico ilícito de personas.

Porque es necesario conocer que a diferencia de los tribunales especiales internacionales para juzgar y castigar a aquellos que incurrieron en violaciones graves contra el DIH en la ex Yugoslavia (1993) y en Ruanda (1994), dentro del derecho penal internacional es especialmente relevante la competencia y existencia de la Corte Penal Internacional, primer tribunal de justicia internacional permanente, creado en 1998 y con sede en La Haya, del cual todo operador del derecho debe profundizar y articular. El estatuto que lo creó, le reconoce jurisdicción para entender en las violaciones graves del derecho internacional humanitario; que de acuerdo al principio de la complementariedad, dicha jurisdicción debe ejercerse solamente cuando un estado no quiera o no pueda someter a juicio a presuntos criminales de guerra que estén bajo su jurisdicción; no obstante, para que pueda acogerse a este principio el estado necesita una legislación interna adecuada que permita juzgar a esos criminales; teniendo competencia para conocer los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y agresión, y crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales y no internacionales.

Porque es necesario conocer que el art. 8º del Tratado de Roma también se incluyen casi todas las violaciones graves consideradas como crímenes de guerra, que se mencionan en las convenciones de Ginebra de 1949 y en sus dos protocolos adicionales. Entre estos cabe mencionar los actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo

forzado y cualquier otra forma de violencia sexual, además del empleo de niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades. Por otra parte, son pocas las disposiciones referentes a ciertas armas cuyo uso está prohibido por diversos tratados internacionales, y no tienen aplicación en los conflictos armados internos.

Porque es necesario conocer que las convenciones de Ginebra de 1949 ni sus protocolos adicionales establecen penas específicas para los infractores, como tampoco determinan qué tribunal internacional será el que habrá de procesarlos. La obligación de juzgar y castigar las violaciones graves recae sobre el estado al que pertenece el infractor, a cuyo efecto deben hacerlos comparecer ante sus propios tribunales nacionales a todas las personas acusadas de crímenes de guerra, o entregarles para ser juzgados en otro país que lo reclame. Los estados asumen también el compromiso de incorporar en su legislación penal los crímenes de guerra reconocidos en tal carácter por los instrumentos jurídicos señalados precedentemente y, en consecuencia, juzgar a los criminales de guerra.

Conclusiones

1. La institucionalidad de la justicia militar policial como una jurisdicción altamente especializada, se fundamenta en las normas y principios del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal militar policial y el derecho internacional penal. Su visión debe comprender el rol de los oficiales del cuerpo jurídico militar policial, agentes del respeto y defensa de los valores democráticos y los derechos fundamentales de la persona.
2. La jurisdicción especializada militar policial se aplica respecto a hechos punibles que generan responsabilidad penal, cometidos en tiempo de paz, estado de emergencia, conflicto armado e incluso

durante las operaciones de paz de las Naciones Unidas. Lo cual justifica y exige, al mismo tiempo, el debido conocimiento de las normas y principios del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho penal militar policial y del derecho internacional penal, inclusive del derecho constitucional y la ciencia política, así como del derecho operacional, en razón a que la justicia debe forjar disciplina, y esta a su vez debe tutelar la vigencia del estado democrático de derecho y la paz internacional.

3. El oficial del cuerpo jurídico militar policial, por la naturaleza de su profesión, debe ser un profesional en el conocimiento y dominio de las normas y preceptos del derecho operacional, esto es, del derecho de la guerra y del derecho de la paz, así como ser capaz de desenvolverse adecuadamente en el ámbito de lo militar y lo policial, mediante el debido conocimiento de las operaciones militares y policiales, en el frente interno y en el frente externo, incluyendo las operaciones de paz de las Naciones Unidas.
4. Las acciones de la jurisdicción especializada militar policial tienen repercusión en el orden y la paz internacional, en razón a que de conformidad con lo establecido en el derecho interno como en el derecho internacional, conoce y juzga hechos punibles que generan responsabilidad penal, cuando estos se han producido en el territorio nacional (frente interno) así como en otro territorio (frente externo y misiones de paz de la ONU). Vale decir, aplicando las normas y principios del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal militar policial y el derecho internacional penal.

RECOMENDACIONES Y APORTES

1. Incorporar las normas y principios del derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal militar policial y derecho internacional penal en la doctrina de la justicia militar policial del Perú, a fin de consolidar su institucionalidad y desarrollo.
2. Autorizar la participación del personal del cuerpo jurídico militar policial en situación de actividad, en operaciones de paz de la ONU, como “asesor jurídico en derecho internacional humanitario y derechos humanos” y “observador militar o policial en misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas”, en mérito a su conocimiento y experticia, además de las normas y principios del derecho penal militar policial, derecho internacional penal, derecho constitucional y ciencia política.
3. Autorizar la preparación y participación del personal del cuerpo jurídico militar policial en situación de actividad, como “asesor jurídico operacional”, en su calidad de oficial de estado mayor especializado en derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal militar policial y derecho internacional penal.
4. Autorizar la difusión y enseñanza de las reglas de justicia penal de las Naciones Unidas para la policía de mantenimiento de la paz aprobadas por la ONU, así como de la normatividad internacional de derechos humanos para la aplicación de la ley aprobada por el alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos de la ONU.
5. Apoyar las actividades educativas y académicas del Centro de Altos Estudios de

la Justicia Militar Policial, con énfasis en la investigación jurídica orientada al desarrollo de la doctrina, legislación y jurisprudencia relacionada con la jurisdicción especial militar policial, en alianza estratégica con las facultades de derecho de las universidades que tengan experiencia en la investigación y desarrollo jurídico en la temática relacionada con el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal militar policial, el derecho internacional penal, el derecho constitucional y la ciencia política.

Bibliografía

VALVERDE, Fernando. *La protección internacional de los derechos humanos en el ámbito de operaciones de paz de las Naciones Unidas*. Instituto de

Formación y Protección de Derechos Humanos. Lima. 2012.

REVILLA, Pablo. *Temas controvertidos de derecho internacional y las relaciones internacionales*. Lima, 2012.

BOTETANO, Gustavo. *"Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos aplicados a la función policial"*. Lima. 2008.

CENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHOS HUMANOS FFAA. *"Portal web CDIH DDHH"*. Lima. 2012.

CICR. *Manual básico de derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Madrid. 2003.

ONU. *Las Naciones Unidas y el mantenimiento de la paz*. Nueva York. 1997.

ONU. *Reglas de justicia penal de las Naciones Unidas para la policía de mantenimiento de la paz*. Viena. 1994.

CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL. *Portal web CAEJMP*. Lima. 2012.

ANEXOS

Relaciones entre el derecho internacional humanitario, el derecho penal militar policial y las misiones de paz de la ONU.



RESPUESTA MULTIDIMENSIONAL E INTEGRAL PARA LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO

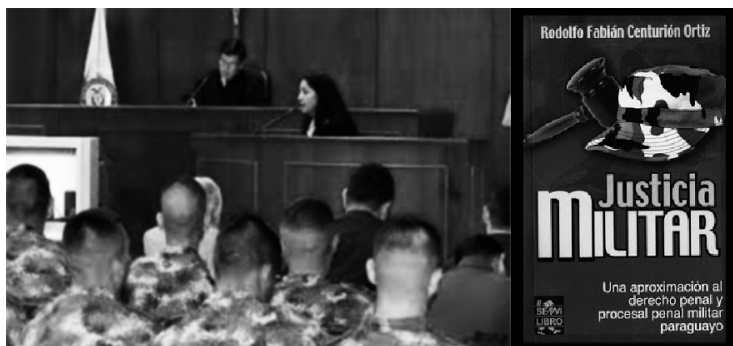


El oficial del cuerpo jurídico militar policial debe conocer, además, el derecho operacional y las reglas de justicia penal de las Naciones Unidas para la policía de mantenimiento de la paz.

La especialización de la justicia militar policial se fundamenta también en el derecho comparado.



La especialización de la justicia militar policial se fundamenta también en el intercambio de experiencias y alianzas estratégicas con instituciones de prestigio en la temática.



El oficial del cuerpo jurídico militar policial debe ser reconocido como un profesional altamente calificado para administrar justicia y desempeñarse en el campo operacional.



LA CRIMINALÍSTICA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN EN EL FUERO MILITAR POLICIAL

*Cmdte. CJ PNP Juan Carlos Monroy Meza**

Como podemos apreciar día a día, los procedimientos e instrumentos utilizados para la investigación del delito se encuentran en un constante desarrollo y perfeccionamiento, siendo de advertir que dicho cambio se debe, en gran parte, al aporte que le brinda la criminalística; sin embargo, por lo general asociamos la criminalística a la investigación del delito común; tanto así que no se han encontrado apreciaciones doctrinarias a nivel de la jurisdicción militar policial sobre su relación con la criminalística, pese a existir casos de trascendencia donde se ha empleado; lo que nos obliga a profundizar sobre el tema y establecer, en primer orden, si existen coincidencias entre los delitos comunes y los delitos de función, estos últimos competencia de la justicia castrense, o si, por el contrario, se trata de ilícitos penales diferenciados, al extremo que limitan la acción contributiva de la criminalística en su proceso de investigación; y, en segundo orden, establecer en qué medida la criminalística resulta importante para las investigaciones que se llevan a cabo en sede jurisdiccional castrense.

En tal sentido tenemos que la teoría general del hecho punible, como parte de la ciencia del derecho penal, se encarga de estudiar y explicar las características comunes que debe tener cualquier hecho para que sea punible, es decir, para ser considerado como delito o falta; en ese sentido Hans Welzel señala: “La misión de la parte general del derecho penal es señalar las características esenciales del delito y su autor, comunes a todos los hechos

* Abogado egresado de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, estudios de maestría con mención en Derecho Penal Militar y doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

punibles”, lo mismo sucede con la parte general del Código Penal Militar Policial, que muestra una similitud extraordinaria a la parte correspondiente del Código Penal, con diferencias sutiles y no de fondo, por lo que inferimos que tiene las mismas bases y principios, salvo ciertos criterios que no cambian el tema de fondo. Otros prefieren emplear el término “conducta” en lugar de “hecho”, cuando hablamos de hecho punible, porque, según Hans Welzel “la palabra conducta es más restringida que el término hecho, por el cual se entiende cualquier acontecimiento de la naturaleza o de carácter humano (sea o no voluntario), susceptible de producir efectos jurídicos (por ejemplo la caída de un rayo que provoca un incendio y hace exigible el seguro respectivo), de donde se infiere que la conducta es una forma de hecho: un hecho voluntario”.

Esta teoría tiene como objetivo teórico, más elevado, la búsqueda de los principios básicos del derecho penal positivo y su articulación en un sistema unitario. No es fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito debería ser –no es una construcción iusnaturalista–, sino una elaboración sistemática de las características generales que el derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquel efectúa de este.

Para Zaffaroni la teoría del hecho punible es una teoría empírica, cuyas proposiciones se verifican determinando si de ellas se pueden inferir disposiciones legales, que son los hechos observables que la ciencia jurídica debe explicar¹.

Las características comunes antes aludidas las encontramos en cualquier hecho punible (o en cierto grupo de hechos punibles), sean

homicidios, lesiones, hurto, estafa, abuso de autoridad, etc.; y nos ayudan a determinar la existencia de un hecho punible en un caso concreto. Ante un comportamiento como puede ser la conducta del sujeto que se apodera de una alhaja en una joyería, lo primero que debe hacerse es saber qué carácter debe presentar esta conducta para ser considerada como delito o falta, y es ahí donde la teoría general del hecho punible desempeña un rol importante; además, contribuye para darle una dirección adecuada a la investigación en curso.

Pero, si existen características comunes a todos los delitos –sin excepción–, también existen características que definen cada hecho punible diferenciándolo de los otros. Estas últimas pertenecen a la teoría del derecho penal especial, la cual estudia las figuras delictivas en concreto, basándose necesariamente en los elementos comunes a los que se refiere la teoría general del hecho punible².

La teoría general del hecho punible se convierte de esta manera en el instrumento conceptual, al que le corresponde la tarea de aclarar y desenvolver todas las cuestiones con respecto al hecho punible, para sentar así la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que solo la comprensión de las conexiones internas del derecho liberan su aplicación del ocaso y la arbitrariedad³. Otorga de este modo claridad al sentido de una investigación, pues permite avizorar un resultado adecuado sobre la base de hechos reales y concretos.

No se trata de edificar una teoría general del hecho punible alejada de la realidad, anclada en fórmulas abstractas, por lo que resulta imprescindible partir del derecho penal vigente, de tal manera que, retomando el caso del sujeto que se apoderó de una alhaja en una joyería,

1 ZAFFARONI, Eugenio. Teoría del delito; capítulo I. Citado por: CASTILLO DÁVILA, William Paco. Teoría general del hecho punible. p. 20.

2 CASTILLO DÁVILA, William Paco. Teoría general del hecho punible. p. 20.

3 WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general. p.11. citado por CASTILLO DÁVILA, William Paco. Teoría general del hecho punible. p. 21.

podemos adecuar su conducta al artículo 185° del Código Penal referido al hurto simple, pero qué sucedería si en el caso concreto hubiese tomado la alhaja por error, o que lo hubiere hecho porque necesitaba dinero para operar a su hijo en peligro de muerte, o que la alhaja fuere de él y creyese que era del joyero, o que lo hubiese tomado para amenazar al joyero con destruirla sino le entregaba una carta comprometedora con que el joyero le extorsionaba exigiéndole la entrega de dinero; en todas las situaciones tendríamos también que responder si se cometió un delito, por lo que solo preguntarnos si ¿hubo delito? sería insuficiente; necesitamos resolver otras interrogantes. Las preguntas que debemos realizar y su orden es precisamente lo que nos proporciona la teoría general del hecho punible, puesto que al explicar qué es el hecho punible en general –explicación trascendente e indispensable que debe hacer–, dándonos los caracteres que debe presentar todo delito o falta, nos está revelando las preguntas que deben responderse para determinar en cada caso si hay delito, y nos la está dando en un orden lógico. Casualmente, las respuestas a estas preguntas nos la va a brindar la investigación a realizarse, por esto es que el rumbo de la investigación lo fija la teoría del hecho punible.

Es, entonces, la teoría jurídica del delito el instrumento conceptual al que le corresponde la tarea de aclarar y desenvolver todas las cuestiones con respecto al hecho punible para sentar así la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que solo la comprensión de las conexiones internas del derecho liberan su aplicación de la arbitrariedad.

A toda comunidad más o menos organizada le corresponde una serie de delitos, algo así como un catálogo de ellos, los cuales van unidos a las formas de vida de esa comunidad, varían con esta y cuya comisión es objeto de repulsa general, de una persecución y también de una sanción variable, según las circunstan-

cias de cada caso. En general debe aspirarse a que todo delito sea debidamente sancionado –persiguiendo la sanción readaptar al delincuente o también se le da una función preventiva general y/o especial– pero no siempre sucede ello así, pues en bastantes ocasiones el delito no es descubierto, no se reúnen por los órganos encargados de descubrirlo y juzgarlo, los elementos de prueba mínimos que acrediten su comisión, por lo que es forzoso absolver al imputado, dando lugar a lo que en la mayoría de las leyes procesales penales se llama sobreseimiento. En este caso, el delito tanto puede haber existido como no. En el primer supuesto no hay pruebas suficientes para apreciar su existencia y, en realidad, queda impune. Muchas leyes procesales penales permiten reabrir el proceso, dejando sin efecto el sobreseimiento anterior, cuando se aportan nuevos datos de responsabilidad, pero este criterio de reapertura es cada vez más criticado y tiende a desaparecer de las nuevas leyes procesales penales, ya que se presta a una serie de abusos e inseguridades incompatibles con un buen sistema jurídico⁴; como se da en nuestro caso. El problema se profundiza cuando existen dos fueros que realizan juzgamientos que, en teoría, están separados por criterios de competencia, pero que en la práctica no es tanto así, ya que por múltiples razones se provocan duplicidad de procesos y pronunciamientos referentes a un mismo agente activo, debiendo por garantía procesal respetarse la figura de la cosa juzgada. Esta situación nos obliga a garantizar, por todos los medios, que las investigaciones que se llevan a cabo en uno u otro fuero, cuenten con los mecanismos suficientes como para el descubrimiento cabal de la verdad; es decir, que la criminalística como instrumento privilegiado para los fines naturales de una investigación se posiciona como un elemento común a ambos fueros y de vital importancia en el ámbito del descubrimiento de la verdad.

Ahora bien, según el art. 11° de nuestro Código Penal: “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. Consiguientemente, el delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

Por su estructura, el delito es definido como la acción (comportamiento) típica, antijurídica y culpable (definición tripartita); como lo señala Peña Cabrera, podemos delimitar –no definir– el delito como la acción u omisión típica, antijurídica y culpable⁵. La tipicidad es la adecuación del comportamiento realizada por el autor en la realidad, al comportamiento previsto en la ley penal; la antijuricidad es la desaprobación que hace el derecho (ordenamiento jurídico) de la conducta típica; y la culpabilidad es el reproche que se hace al autor de la conducta injusta.

Como lo señala Peña Cabrera, de todo el espectro de acciones injustas, el legislador selecciona las que considera más intolerables para la sociedad y acto seguido amenaza con una pena a través del tipo legal. Al procedimiento que emplea el legislador para cribar las acciones que han de merecer sanciones se llama tipicidad. La tipicidad no viene a ser sino la subsunción de un hecho a la descripción hipotética, abstracta y genérica que se hace en la ley. La tipicidad cumple un rol preponderante, sobre todo al verificarse que es la consecuencia necesaria del principio de legalidad. El viejo pero siempre fresco apotegma *nullum crimen sine lege* adquiere una función cabal a través de la descripción escrupulosa de las acciones que cada tipo penal las califica como prohibidas. La tipicidad es el punto de partida para indagar, después, si la acción típica es antijurídica y también culpable. La suma de la tipicidad y la antijuricidad da como resultado el injusto.

Es de acotar que la jurisdicción militar policial conserva en esencia la misma definición

de delito y por ende mantiene la estructura señalada, conforme se comprueba de la lectura que hacemos del art. 8° del Código Penal Militar Policial, que a la letra dice: “Son delitos de función militar o policial las acciones u omisiones dolosas o culposas previstas por este código”, la única diferencia se halla en el hecho de que se encuentre previsto en el mencionado código; sin embargo, es de advertir que fija requisitos especiales al momento de establecer los criterios de un delito de función, es decir que se trate de conductas que afecten bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las fuerzas armadas o de la Policía Nacional; que el sujeto activo sea un militar o policía en situación de actividad y que la conducta se perpetre en acto de servicio o con ocasión de él⁶.

Queda entonces establecido que los delitos comunes y los delitos de función previstos en el Código Penal Militar Policial, se diferencian tan solo en la especialidad del delito castrense, empero su estructura es la misma, en tal sentido la investigación para su esclarecimiento no debe variar.

Ahora bien, cuando hablamos de investigación, nos vemos obligados a remitirnos a la criminalística como agente contributivo esencial en dicho proceso; por lo que debemos establecer cuál es su importancia y tratamiento práctico dentro del área de la investigación criminal, para lo cual tratemos de entender sobre qué trata la criminalística. Al respecto, existen diferentes denominaciones y diversos conceptos acerca de la criminalística, según las escuelas que la inspiran o la naturaleza que se le atribuye; por lo que es conveniente presentar algunos conceptos teóricos doctrinarios referentes a esta ciencia.

Remontarse a tratar la historia de la criminalística es una tarea bastante controvertida,

5 PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de derecho penal, Parte general. Grijley, p. 278.

6 Código Penal Militar Policial, art. 8°.

toda vez que las concepciones de la determinación de su objeto, áreas de conocimiento, métodos de investigación y relaciones con otras disciplinas, han recibido diferentes denominaciones.

Las diferentes denominaciones y la falta de claridad con las otras disciplinas nos obliga a tomar un marco de referencia que enmarque a la criminalística dentro de la aplicación de recursos, métodos y procedimientos suministrados por la ciencia para la investigación policial, tendientes a esclarecer la existencia de los delitos y la identificación de los autores, contando con los indicios que aparecen tanto en la escena del crimen como en el proceso investigatorio.

Hans Gross definió a la criminalística como el “arte de la instrucción judicial fundada en el estudio del hombre criminal y los métodos científicos de descubrir y apreciar las pruebas”.

Posteriormente han existido otros estudios con criterios jurídicos, científicos o técnicos policiales considerándole como arte, ciencia, disciplina o simplemente como una técnica, tomando así diferentes denominaciones: técnica policial, policía científica, policología, tecnología policial, o policía judicial científica; pero todos son prácticamente lo mismo, ya que tienen por finalidad aportar a los magistrados, abogados, policías y, en general, a los que de alguna manera participan en la administración de justicia, procedimientos científicos que les permitan conocer el “cómo” del delito, a fin de establecer la responsabilidad del autor o autores y otros que hayan participado en los hechos.

Según los profesores Leopoldo López Gómez y Juan Antonio Gisbert Calabuig, en el *Tratado de medicina legal*, la definen como: “El estudio de las técnicas médicas y biológicas, usadas en la investigación criminal sobre las huellas y los objetos de los hechos delictuosos”.

Hawsserer la define como: “El conjunto de conocimientos sobre las cosas que tienen vinculación con el delito, o que puedan encon-

trarse en conexión con el mismo, o que resulten útiles para su descubrimiento”.

Alberto Hellwing (juez Postdam), sostiene que: “En su conjunto es la enciclopedia del peritaje”.

Edmond Locard, la conceptualiza como: “La investigación de la prueba del delito, mediante el establecimiento de las pruebas indiciarias y la agrupación de las nociones en un cuerpo de doctrina”.

Ladislao Thot, afirma que: “La criminalística es la ciencia auxiliar del derecho penal, que se ocupa de los métodos y modos prácticos de dilucidar las circunstancias de la perpetración de los delitos e individualizar a los culpables”.

Del Picchia Filho, indica que la criminalística es “El conjunto de conocimientos técnico-científicos aplicados a la función judicial de la investigación criminal y, del estudio de la prueba indiciaria constituida por los vestigios materiales de naturaleza no biológica”.

Finalmente, acorde con los adelantos del saber humano definiremos a la criminalística como: “La disciplina técnico científica, jurídica y metodológica que integra las diferentes áreas del saber científico aplicables a la investigación del delito, a fin de establecer por el estudio y/o análisis de los indicios o evidencias, el móvil, las pruebas, las circunstancias y los medios empleados para su ejecución, así como la identificación del autor o autores”.

Las diferentes definiciones de criminalística tienden a resumir la necesidad de establecer dentro del proceso investigatorio, una correlación entre la identificación del autor o autores de un hecho delictuoso y la producción de la prueba de culpabilidad, buscando la verdad como único sustento de la utilización de las ciencias auxiliares del derecho penal; es decir, su esencia es descubrir y comprobar todos los aspectos relacionados con un delito: es decir el cómo, dónde, cuándo, quién y con qué del delito.

La escuela alemana afirma al respecto: “La criminalística es la ciencia de la investigación

criminal”, dando a entender que la investigación criminal sin la criminalística no sería científica, solo alcanzaría a ser una técnica policial, es decir, un procedimiento empleado por la policía sin la aplicación de conocimientos científicos.

Es necesario tener presente que la criminalística no es solo patrimonio de la policía, sino también de los representantes del Ministerio Público y magistrados del Poder Judicial, que investigan el delito y al delincuente para esclarecer las responsabilidades. Empero, es aquí donde debemos precisar que también es patrimonio de la jurisdicción castrense como de todo órgano que tiene como misión el establecimiento de la verdad sobre un hecho determinado.

La evolución de la criminalística surge como consecuencia de la búsqueda de la verdad a través de los medios de prueba, estos, en un comienzo, fueron revelados por el “juicio divino” o el “dedo de Dios”, según el hombre primitivo a través de las ordalías y el duelo para pasar más adelante por la “confesión”, considerada la reina de la prueba con toda la secuela de abusos y torturas para su aplicación; luego aparece la prueba “testimonial”, que se mantuvo por siglos y que también dio origen a muchos errores judiciales, por la declaración de testigos de buena o mala fe, pero en contraposición de los artificios engañosos de la confesión o de los testigos, se acude al “indicio”, conocido por el hombre primitivo, que era capaz de seguir por las huellas de pisadas a las bestias para encontrarlas. En los tiempos modernos, nadie discute la primacía de la prueba indiciaria, que se desprende de los signos materiales de la actividad criminal, “mudo testigo que no miente”; el indicio es un hecho objetivo que debe ser atentamente observado y rectamente interpretado, para lo cual se requiere de una técnica adecuada.

Los antecedentes más remotos sobre exámenes criminalísticos los encontramos en Francia en 1570, cuando el rey Carlos IX dispuso judicialmente que varios hombres de re-

conocida competencia integraran la “Comunidad de peritos calígrafos verificadores”, para examinar un documento apócrifo y descubrir al falsificador que había tenido la osadía de imitar la firma real.

Con el apogeo de los métodos científicos y el aporte de los diferentes precursores de la criminalística, surgen grandes científicos y estudiosos; tales como Hans Gross considerado el creador de la criminalística, quien publicó en 1894 su libro titulado *El manual del juez de instrucción como sistema de criminalística*. Desde entonces, se sucedieron varios eminentes maestros y autores que han fundado verdaderos sistemas independientes, sin que se aprecie unidad de criterio en cuanto a su forma, pero que se pueden agrupar en dos tendencias principales, una en que predomina el criterio jurídico y otra el criterio técnico policial.

La criminalística, desde sus inicios, se ha nutrido de cuanto aporte artístico, técnico o científico haya coadyuvado a enfrentar el reto de responder a seis interrogantes de oro: ¿Qué? ¿Dónde? ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿Quién? y ¿Con qué? Estas preguntas se formulan de igual forma en la investigación de una conducta o hecho que califica un delito común, como en los que califican delitos especiales, como los delitos de función militar policial.

De esta manera la criminalística proporciona normas y procedimientos que se deben observar en la investigación de un delito, así como también lo relacionado con los peritos y los dictámenes que emiten estos en el ejercicio de sus funciones.

Tanto la legislación procesal penal común como la contenida en el Código Penal Militar Policial, establecen estipulaciones claras sobre la aplicación de la prueba pericial, que no es más que la representación de la actividad de la criminalística, constituyéndose en un medio de prueba de carácter excepcional, pues a diferencia de los demás medios de prueba ofrece las mayores garantías para el esclarecimiento de un hecho.

Si bien es cierto la investigación del delito, por lo general, se inicia con la intervención de la Policía Nacional del Perú, también es verdad que la normativa vigente obliga a sus integrantes a comunicar inmediatamente el hecho criminal al órgano competente; es decir, al fiscal común, si se trata de un delito común, y al fiscal militar policial, si se trata de un delito militar policial en que haya incurrido un militar o policía en el ejercicio de su función.

Una vez presente en el lugar de los hechos o escena del crimen, como se conoce en criminalística, es el titular de la acción penal quien asume competencia y conduce la investigación con el apoyo material de la Policía Nacional, situación que se presenta de igual manera para la investigación de un delito común con intervención del Ministerio Público o la que realiza el órgano fiscal para el caso de delitos de función militar policial; pero ello no se queda allí, sino que va más allá, en la medida que una vez en la escena, la investigación se apoya con personal especializado en criminalística, y es que es allí donde se deben recoger los indicios y evidencias, procedimiento que no debe ser realizado en forma directa por el fiscal ni por la policía interviniente o pesquiza, en razón a que requiere de

conocimientos especializados para ello; es decir, el registro y perennización de la escena, recojo y embalaje de la evidencia, así como su análisis y procesamiento corresponde a los peritos.

El aporte de la criminalística para el esclarecimiento de un hecho criminal, resulta invaluable para la administración de justicia militar policial, pues permite a los fiscales formular adecuadamente una acusación y al juez militar policial sustentar una sentencia en forma objetiva y científica, más allá de una duda razonable; la intervención de la criminalística se da desde el inicio de la investigación, vale decir, en la escena del crimen, pero no se queda allí, pues luego de ella se procesa en el laboratorio y se incorpora en la carpeta fiscal a través del peritaje correspondiente; posteriormente, en sede judicial se produce la ratificación en el contenido y firma de dicho documento y se procede al esclarecimiento de situaciones dudosas, esto con participación directa del perito en el acto oral; como vemos, la reforma procesal aplicada en gran parte del país para la investigación, proceso y juzgamiento de los delitos comunes, y, paralelamente en la jurisdicción militar policial, cuenta con un aliado indispensable e insustituible, la criminalística.

DERECHO MILITAR Y LA PROHIBICIÓN DE USAR EL MEDIO AMBIENTE COMO UN ARMA

*Juan Paulo Vera Montero**

*Ricardo Alberto Coronado Donoso***

“Hay un acuerdo casi universal en que más vale prevenir que curar, y que las estrategias de prevención deben centrarse en las causas básicas de los conflictos y no solo en sus síntomas violentos”.

(Nosotros los pueblos. ONU, Informe del Milenio)

149

CUESTIONES PRELIMINARES

Conflicto armado y desarrollo sostenible sin duda alguna constituyen dos marcos conceptuales divergentes los cuales, *prima facie*, no contendrían puntos de contacto que nos permitieran elaborar un estudio razonado en búsqueda de sus interrelaciones. Frente a esta realidad objetiva y de extremos, es posible entender la existencia de un concepto intermedio, aglutinador de los dos anteriores: la paz. Desde luego reafirma lo anterior la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992¹, la que proclamó 27 principios, entre los cuales se encuentran los principios 24 y 25 que evidencian, con sencillez y a la vez con profundidad, esta correlación conceptual:

* Teniente coronel de Justicia del Ejército de Chile. Abogado y magíster en Derecho Ambiental, desempeñándose actualmente como auditor jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Chile. Es profesor de derecho ambiental en diversas universidades.

** Abogado y magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, desempeñándose actualmente como abogado asesor del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Chile. Además es profesor universitario. Teniente coronel de Justicia del Ejército de Chile.

1 ONU, ASAMBLEA GENERAL A/CONF.151/26 (Vol.I) 14 de agosto de 1992. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Río de Janeiro, Brasil, 3 al 14 de junio de 1992.

"PRINCIPIO 24

La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario".

"PRINCIPIO 25

La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables".

En un análisis meramente lineal del principio 24, nos encontramos con dos subelementos que ameritan más que una reflexión, un examen más detenido. En efecto, no es posible conciliar guerra y sustentabilidad, sin embargo, en la segunda parte del principio se llama a los estados a respetar las normas que protegen el medio ambiente en período de conflicto armado. Conforme a ello, el punto de inflexión inicial entre ambos marcos conceptuales se une en la necesidad de limitar el conflicto armado, considerando que su desarrollo natural lo es en la triple dimensión terrestre, marítima y aérea, pero desde aquella perspectiva. Entonces, es posible plantear, en contraste con el conflicto bélico, que la dimensión última del concepto de desarrollo sostenible tiene que ver con los estilos de desarrollo de los países, proponiendo directrices, tanto a nivel de las políticas económicas que importen una orientación hacia un desarrollo armónico con el medio ambiente como también en toda la amplia gama que corresponde a la arquitectura del concepto de desarrollo. Por el contrario, la guerra representa la manifestación cinética más extrema y material del concepto conflicto, cuya dimensión jurídica son las limitaciones a esta en virtud del derecho internacional, particularizado en el derecho internacional de los conflictos armados (en ade-

lante DICA) cuya elaboración se hace durante la paz pero recogiendo las experiencias, necesidades y costumbres de los períodos de conflicto armado desde la perspectiva ambiental.

En ambos casos, conforme el principio 24 en comento, el punto de unión para su examen es necesariamente la paz y, en este sentido, en línea secuencial, el principio 25 representa la base de la condición para exponer un concepto de "desarrollo" en su más amplia concepción, como también las necesarias regulaciones normativas de los conflictos armados. En definitiva, la importancia del principio 25 es que nos indica que desde la paz se puede establecer tanto las condiciones y mecanismos necesarios para resolver y/o contener conflictos tales como la sostenibilidad de un desarrollo que satisfaga las necesidades presentes sin compromiso de las futuras, como también delinear las limitaciones de los conflictos armados, mediante la distinción de tipos de violencia y sus destinatarios, cuyo sustrato conceptual son las limitaciones a los medios y métodos de combate. Por lo tanto, si se arriba al conflicto armado, se constata la primera premisa del principio 24. Y, la segunda premisa se encarga de dejar al DICA la tarea de regularlo o limitarlo.

De lo anterior resulta evidente entender que el conflicto, cualquiera sea su naturaleza, no es ajeno a la paz y esta, a su vez, no lo puede desconocer. Así, la definición de desarrollo sostenible, como el establecido por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) en 1987, por la Comisión Brundtland 1987, desde luego plantea un conflicto, tal cual se señala al respecto:

"...el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades".²

Desde esta perspectiva, el análisis de la dicotomía conceptual, entre desarrollo sostenible

2 NACIONES UNIDAS. Cumbre de Johannesburgo 2002. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html>>

en relación con el conflicto armado, no se puede abordar sin tomar en cuenta el concepto de paz, pues resulta relevante que el punto de partida normativo de ambos conceptos nace durante la paz, intentando solventar conflictos de diversa naturaleza, cuyo punto de unión jurídico es el derecho y, el material, el planeta tierra. Desde esta óptica, el derecho internacional público no podría, y en efecto no lo hace, desatender el hecho de la guerra y la protección ambiental por un lado, y la capacidad teórica y práctica de la limitación de conflictos presentes y futuros. De lo anteriormente expuesto se evidencia, además, que la relación entre desarrollo sostenible paz y guerra es unidireccional, esto es, desde el concepto paz hacia el desarrollo sostenible, es posible impedir, limitar o morigerar un conflicto armado, lo cual depende de la robustez de la paz y sus mecanismos de contención de conflictos.

Teniendo presente lo anteriormente expuesto, los principios 24 y 25 de la Declaración de Río alimentan el principio de distinción³ pero desde una dimensión distinta, esto es, el medio ambiente debe ser concebido dentro del marco conceptual del *Jus in bello* como una víctima más del conflicto y, desde esa perspectiva, ser beneficiado con un estatuto de protección especial.

LA PROHIBICIÓN DE UTILIZAR EL MEDIO AMBIENTE COMO ARMA

“En Kuwait, los soldados iraquíes incendiaron más de 600 pozos petrolíferos que

vertían bolas de fuego rojas y naranjas, y rugían como bestias salvajes. El humo era tan espeso y negro que, cuando no soplaban el viento, a las 10 de la mañana era como medianoche. La grasa goteaba del cielo y el hollín caía como copos de nieve del infierno. Todo lo que era blanco se tornó gris carbón: los gatos, las ovejas, los cadáveres de las gaviotas caían del cielo mientras sobrevolaban el país”.

(Robert Blok, a propósito de los incendios intencionales causados a los pozos petrolíferos en 1991 en Kuwait, durante la invasión por parte de las FF.AA. de Iraq.)

Entre los años 1960 y 1975 fueron vertidos en la jungla de Laos, Camboya y Viet Nam, por parte de las fuerzas militares estadounidenses, millones de toneladas de agente naranja, herbicida defoliante cuyo objeto era eliminar la capa vegetal y/o las cosechas del adversario (fuerzas militares del Vietcong y el ejército de Vietnam del Norte) según nos relatan Mark Perry y Ed Miles⁴. Una vez regresadas las tropas norteamericanas a su país, los autores agregan que se detectó en los veteranos de guerra un gran número de decesos por linfomas y sarcomas de piel, determinándose finalmente que estas muertes eran producidas por la dioxina⁵ que contiene el agente naranja. Dicha dioxina perturba las funciones hormonales, inmunitarias y reproductivas del organismo, alterando la calidad del esperma en el hombre. Por su parte, la leche materna

3 El principio de distinción es de capital importancia dentro del marco normativo del derecho de los conflictos armados el cual se encuentra recogido en el artículo 48° del protocolo I anexo a las convenciones de Ginebra en los siguientes términos: “A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

4 PERRY, Mark and MILES, Guerra Medioambiental. En: GUTMAN Roy y RIEFF David. Crímenes de guerra. Lo que debemos saber. Ed. Grupo Editorial RandomMandadori, S.L., 2003., 238 p.

5 Respuesta de la salud pública a las armas químicas y biológicas. 2ª Ed. Washington, D.C.:OPS, © 2003, de Health aspects of chemical and biological weapons: report of WHO Group of Consultants, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1970. En su página 36 expresa respecto del peligro de este compuesto químico, lo siguiente: “Las investigaciones le han puesto especial atención al contaminante 2,3,7,8-tetraclorodibenzo-p-dioxina (TCDD), que se produce durante su fabricación y permanece en el ambiente, es detectable a niveles elevados en muestras de lípidos

contiene 10 veces más dioxina, proveniente del mencionado agente químico. Resulta interesante indicar además, conforme nos relatan Mark Perry y Ed Miles en la obra citada, cómo quedó el medio ambiente afectado por este químico, señalando: “Aunque no se ha llevado a cabo ningún estudio sistemático de las zonas desfoliadas en el sureste asiático, la evidencia anecdótica es enorme. Vastas extensiones de las provincias de Quang Tri y Tay Ninh parecen paisajes lunares y permanecen inservibles para la agricultura. Los médicos vietnamitas han informado de un notable aumento de las malformaciones congénitas entre la población de las regiones afectadas”⁶. En este sentido, la UNESCO informa⁷ que al término de la guerra una quinta parte de los bosques de Vietnam del Sur habían sido destruidos químicamente y más de un tercio de los manglares habían desaparecido. Agrega que si bien algunos bosques han logrado recuperarse, estos en su mayoría se han convertido en matorrales.

Ahora bien, la protección del medio ambiente en período de conflicto armado, como objeto de protección particular por parte del DICA, no habría sido posible en los años venideros sin que hubiera existido, ya en los albores de 1970, la incipiente preocupación del medio ambiente señalada en la Declaración de Founex de 1971 sobre “el medio humano” y naturalmente la Conferencia de Estocolmo de 1972. Estos hitos más el vertimiento de agente naranja en Vietnam, influenciaron en parte

aquella normativa del DICA actual, referida a la protección del medio ambiente, quedando demostrado en forma particular en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación del Medio Ambiente con Fines Militares u otros Fines Hostiles, conocida por sus siglas (ENMOD)⁸ y algunas normas del protocolo I anexo a las convenciones de Ginebra. En el preámbulo de este instrumento se señala:

“Convencida de que la convención no debería afectar la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos, que podrían contribuir a preservar y mejorar el medio ambiente en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

Recordando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972.

Conscientes de que la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos podría mejorar la interrelación hombre-naturaleza y contribuir a preservar y mejorar el medio ambiente para el bienestar del ser humano.

Reconociendo, sin embargo, que la utilización de esas técnicas con fines militares u otros fines hostiles podría tener efectos sumamente perjudiciales para el bienestar del ser humano.”

y grasa corporal y es altamente tóxico para ciertos animales de experimentación. En un ejemplo más reciente, y con menos evidencia científica sobre una relación causa-efecto, la exposición a varios tipos de químicos se cuenta entre los muchos factores sugeridos como causa potencial del así llamado «síndrome de la guerra del Golfo». En ambos casos se aduce que un amplio rango de síntomas y efectos adversos a largo plazo (inclusive carcinogénesis, teratogénesis y una amplia gama de síntomas somáticos y psicológicos inespecíficos) se explican por la exposición a agentes químicos, entre otras posibles causas”.

6 PEARCE, Fred. Guerra y Medio ambiente: reacciones en cadena. El Correo de la UNESCO. La biodiversidad: fuente de toda vida. (LIH): 9, mayo 2000. 238 p.

7 Op. cit. PEARCE, Fred. Guerra y medio ambiente: reacciones en cadena. **El Correo de la UNESCO**. 9 p.

8 Dicha convención ha sido aprobada por el Congreso Nacional, sin reservas, el 9 de marzo de 1994. El instrumento de adhesión se depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas con fecha 26 de abril de 1994. Fue publicada en el diario oficial el 29 de agosto de 1994 mediante la expedición del Decreto N° 772 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Información extraída de la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional, www.bcn.cl [en línea] <http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani432.pdf>

LA CONVENCIÓN ENMOD DE 1976

La Convención ENMOD se inscribe en aquellos tratados de desarme muy propios de la época. Sin embargo, y como se verá, a nuestro juicio este instrumento es bastante más que eso. Si bien es imposible abstraer de la guerra al medio ambiente y los daños colaterales a este por ser el escenario natural de desarrollo de las acciones bélicas, en virtud de este convenio se acota la violencia en particular a ciertos medios y métodos, incluyendo aquellos lícitos, los cuales podrían utilizar al medio ambiente natural como arma o modificar ciertos procesos naturales para tal fin. Para algunas ONG, como la *Sunshine Project*⁹ el tema va mucho más allá, entendiendo que las técnicas de modificación ambiental con fines hostiles serían armas ADM. No deja de tener razón por cuanto necesariamente se debe recurrir a otros tipos de armas tales como artefactos nucleares y agentes químicos para, eventualmente, producir o manejar ciertos factores ambientales.

Como quiera que sea el enfoque y el alcance de este instrumento, es innegable su espíritu preventivo, puesto que a la época en que se articuló, la tecnología no era lo suficientemente capaz para desarrollar cierto tipo de medios y/o métodos para manejar y dirigir la naturaleza en un sentido determinado, salvo las disponibles: artefactos nucleares, agentes químicos y biológicos. En todo caso, desconocemos el actual avance de la ciencia y la tecnología capaz de realizar tales modificaciones.

En general la convención ENMOD prohíbe modificar el medio ambiente, entendiendo este como un medio de guerra. En otras palabras, lo que se prohíbe es utilizar la naturaleza

como un medio en sí para lograr un fin militar, no así el arma usada para desencadenar los efectos y cambios en la naturaleza misma. Por ejemplo, la detonación de un artefacto nuclear en una falla geológica con el propósito de activar un terremoto en el país adversario, siembra de nubes con agentes químicos para acentuar las inundaciones en el país adversario, ocupar defoliantes como aquellos utilizados en Viet Nam, cambio deliberado de patrones climáticos, entre otros ejemplos. Esta convención nace por iniciativa del Senado como la Cámara de Representantes de los EE.UU. en 1972 por Resolución N° 1973, la que, conforme la información contenida en la página web oficial del Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos¹⁰, se pide un acuerdo internacional que prohíba la utilización de cualquier medio ambiente o la modificación geofísica, como arma de guerra. En tal sentido, según la información que entrega el Departamento de Estado contenida en la citada página web, en respuesta a dicha resolución el Presidente de la época, Richard M. Nixon, dispone al Departamento de Defensa la revisión completa y detallada de aquellos aspectos militares involucrados, tales como las condiciones meteorológicas y otras técnicas de modificación ambiental. Concluidos tales estudios, los EE.UU. buscaron un acuerdo con la Unión Soviética para explorar las posibilidades de un acuerdo de carácter internacional. En 1974, durante la Cumbre de Moscú, Nixon y Brezhnev se comprometen formalmente a la celebración de conversaciones bilaterales para lograr “the most effective measures possible to overcome the dangers of the use of environmental modification techniques for military purposes”.

9 *Sunshine Project* es una organización internacional no gubernamental (ONG) cuyo objeto es fortalecer el consenso internacional contra el desarrollo y uso de armas biológicas. El proyecto tiene oficinas en Austin (Texas) en los EE.UU. y Hamburgo, Alemania. Su página web <<http://www.sunshine-project.org>> resulta ser una fuente de información valiosa y muy confiable sobre la historia de la negociación de la Convención ENMOD.

10 U.S. Department of State. Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques. Bureau of Verification, Compliance, and Implementation. [en línea] <<http://www.state.gov/t/ac/trt/4783.htm>>

Entre 1974 y 1975 se realizaron las negociaciones entre ambos estados, no exentos de problemas¹¹, concluyéndose con el actual texto.

ASPECTOS CONCEPTUALES FUNDAMENTALES DE LA CONVENCIÓN ENMOD DE 1976

A modo preliminar, según el artículo II letra A de la ENMOD, se entiende por “técnica de modificación ambiental”:

“Art. II. A los efectos del artículo I, 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 litósfera, su hidrósfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre”¹².

Conforme a los antecedentes aportados por la ONG *Sunshine Project*¹³ respecto de las negociaciones a esta norma, hubo dos posturas; la primera, en cuanto a que esta debía especifi-

car, con base en una lista descriptiva, todos los fenómenos naturales que pudieran ser alterados a través de técnicas de modificación ambiental; y, la segunda, la cual primó finalmente, consistía en redactar, a modo de ejemplo o ilustrativo, con base en una lista no exhaustiva, tales fenómenos. La primera fórmula tiene la doble desventaja de que pueden quedar fenómenos al margen y, por ende, no comprendidos en el instrumento internacional y además obliga a las partes a reuniones periódicas para actualizar el listado. Esto fue reafirmado en la II Conferencia de Revisión de la ENMOD celebrada en Génova en 1992¹⁴. En este sentido, una lista general y descriptiva tiene la ventaja de que abarcaría tanto las actuales como las futuras técnicas de modificación.

Ahora bien, no existe consenso actual respecto del verdadero alcance de la frase “mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales”. En efecto, durante la segunda Conferencia de Examen de la ENMOD, realizada en Génova entre el 14 y 21 de septiembre de 1992, tiene por objeto clarificar definitivamente qué

154

11 En las negociaciones, la ex Unión Soviética presentó un texto de definición amplio del marco de prohibición el cual señalaba: “The Parties would undertake never under any circumstance to resort to any means of influencing the environment, the climate or to carry out preparations for their use”. Dicha proposición quedó en el proyecto de texto presentado por dicho país en la Resolución de la Asamblea General 3264 (XXIX) en los siguientes términos: “Cada una de las partes en la convención se comprometen a no elaborar ningún procedimiento meteorológico, geofísico o cualquier otro procedimiento científico o técnico para influir en el medio ambiente, inclusive las condiciones meteorológicas y el clima, con fines militares y de otra índole que sean incompatibles con el mantenimiento de la seguridad internacional, con el bienestar y con la salud de los seres humanos, y a no recurrir jamás, en ninguna circunstancia, a tales procedimientos de influir en el medio ambiente y en el clima ni a prepararse para su utilización”. Esta resolución fue aprobada por la asamblea general con la abstención, entre otros países, de los EE.UU. Esta resolución conjuntamente con el proyecto pasó a la Conferencia de la Comisión de Desarme (CCD) con la tarea de negociar un texto definitivo. En forma posterior, durante 1975, las dos superpotencias realizan negociaciones tendientes a lograr un acuerdo con base en un proyecto más acotado, no tan amplio como era la propuesta de la ex Unión Soviética.

El texto de la Resolución de la Asamblea General 3264 (XXIX) como la proposición de la ex Unión Soviética se encuentra en la página web de las Naciones Unidas <www.un.org> [en línea] <<http://www.daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/743/43/IMG/NR074343.pdf?OpenElement>>

12 El texto de la ENMOD que sirve de referencia, fue consultado del libro Derecho Internacional relativo a la conducción de las Hostilidades. Compilación de Convenios de La Haya y de algunos otros instrumentos jurídicos. Ob. cit. 187 p. y ss.

13 Extracto de debates al artículo II de la ENMOD [en línea] <<http://www.sunshine-project.org/enmod/primer.html>>

14 Second Review Conference of the Parties to the Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques. FINAL DOCUMENT. ENMOD/CONF. II/12 PART. 2 11-12pp. [en línea] <<http://www.sunshine-project.org/enmod/primer.html>>

es exactamente lo que se está prohibiendo por esta convención. Si bien no existe una respuesta única ni consensos sobre el párrafo, sí en cambio se logró acuerdos en cuanto a considerar el uso de baja tecnología como técnica de modificación ambiental, tales como herbicidas, y la provocación de incendios, en cuanto al daño que genera el hollín. En cambio, no hubo consenso dentro del contexto de la ENMOD, entre otros, afirmar que en virtud del actual derecho internacional consuetudinario ya está prohibido infligir daños importantes al medio ambiente de otros estados o de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, afirmar que el vertimiento de desechos nucleares en los países en desarrollo, aun cuando no sean utilizados deliberadamente con fines militares o actividades hostiles, es ilegal en virtud de ENMOD, y llevar a este instrumento en armonía con las exigencias de la ley de la guerra, en particular el protocolo I para los convenios de Ginebra de 1949¹⁵.

Establecida la definición fundamental, se debe analizar el artículo I 1 de la convención, el cual señala:

“Art. I. 1. Cada estado parte en la presente convención se compromete a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro estado parte”.

Esta definición importa dos conceptos esenciales, la primera referida a la magnitud de la modificación ambiental en sí, la cual se le denomina “Troika”¹⁶, y la segunda corresponde a la intención o el propósito de tal modificación.

En cuanto a la magnitud o “Troika” se establecen tres parámetros, no exentos de polémica, los cuales determinan el umbral de violación o la frontera entre lo permisible y no permisible, siendo estos los “efectos vastos, duraderos o graves”. El objeto de tales criterios se fundamenta en un sistema de verificación objetiva del daño con el propósito de excluir otros tipos de daño estimados menores, los que pudieren llevar al abuso de este instrumento. Ahora bien, el problema que se presenta con estos criterios es saber su verdadera extensión e interpretación. Conforme a ello, existen declaraciones interpretativas, las cuales no forman parte de la convención ENMOD, pero ilustran de algún modo su sentido y alcance. Es así que por **vasto** se entiende que cubre varios cientos de kilómetros cuadrados y no necesariamente contiguos. Por **duraderos** va de meses a una estación; y por **graves** provocan una perturbación o un daño grave o notorio para la vida humana, los recursos naturales y económicos u otras riquezas¹⁷. Se debe tener presente que tales criterios no son de concurrencia copulativa, sino más bien independientes entre sí, necesitando la ocurrencia de uno de estos para cruzar el umbral de violación y aplicar la convención. A mayor abundamiento, en lo referido al término duradero, se dejó constancia en acta¹⁸ que tal efecto podría ser el resultado acumulativo de las operaciones mismas por meses o años.

La frase “con fines militares u otros fines hostiles” que ocupa el artículo I 1, se debe entender en el contexto del convenio mismo y, en particular, con la última frase de dicha norma la cual establece la relación causa-efecto al disponer “...como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro estado parte”.

15 Este punto será analizado al tratar la norma particular de protección del medio ambiente en el protocolo I anexo a las convenciones de Ginebra.

16 En razón de que se establecen tres criterios.

17 Extracto de los debates al artículo I de la ENMOD [en línea] <<http://www.sunshine-project.org/enmod/primer.html>>

18 *Ibid.* Cuya referencia es el documento CCD/PV.703, 20 de abril de 1976, 8p.

19 *Ibid.* Cuya referencia es el documento CCD/PV.691, 4 de marzo de 1976, 14p.

En tal sentido¹⁹ la frase conlleva una extensión amplia al convenio por cuanto se prohíben tanto aquellas técnicas de modificación ambiental, con fines exclusivamente militares, como también aquellas que no son de origen propiamente militar o bajo autoridad de las fuerzas armadas o sin que exista conflicto armado. Por consiguiente, la amplitud del marco de aplicación es vasto, rigiendo tanto en tiempo de paz como de guerra. Además, el convenio excluye aquellas técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos, tal como queda establecido el artículo III N° 3:

“Art. III. 1. Las disposiciones de la presente convención no impedirán la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos ni contravendrán los principios generalmente reconocidos y las normas aplicables del derecho internacional relativos a esa utilización”.

Resulta interesante lo señalado por la delegación sueca²⁰ que sostiene que no es redundante utilizar la frase “militar” y “hostil”, ya que este último concepto comprende la prohibición de la “amenaza” del uso de técnicas de modificación ambiental y por consiguiente violatorio de la carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, se discutió²¹ la eficacia de entender de aquella manera el concepto antes señalado, pues conllevaría debilitar el convenio mismo, en razón de que pudiera resultar difícil determinar la procedencia de una amenaza en el contexto de las normas de la propia ENMOD considerando, además, la ambigüedad en que estas pudieran darse. Por último, se planteó la posibilidad de hacer extensivo este convenio a los estados no partes, teniendo en cuenta los efectos transfronterizos que pudieran darse como

consecuencia de la utilización de técnicas de modificación ambiental, como por ejemplo una guerra geofísica (desencadenar un terremoto). Sin embargo, tales proposiciones no arribaron a una estipulación convencional expresa, fundamentalmente por oposición de los EE.UU. y la ex URSS, los cuales argumentaron que era un incentivo a los demás Estados para adherirse a la ENMOD²².

OBLIGACIONES FUNDAMENTALES ESTABLECIDAS PARA LAS PARTES EN LA CONVENCIÓN ENMOD DE 1976

Al igual que en la CAQ y CAB, la primera obligación establecida en el artículo I N° 2 es que cada estado parte de la ENMOD se compromete a no ayudar, ni alentar ni incitar a ningún estado o grupo de estado u organización internacional a realizar actividades de aquellas descritas en el número 1 del artículo I. En relación con la exclusión de la investigación de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos, el artículo III N° 2 establece el compromiso que asumen los estados partes para facilitar el intercambio más amplio posible de información científica y tecnológica sobre la utilización de técnicas de modificación ambiental, siempre con fines pacíficos. Además, se asume el compromiso de contribuir conjuntamente con otros estados u organizaciones internacionales, en dicho intercambio. En este sentido, se establece una norma de control que, a nuestro juicio, resulta básica. El artículo IV señala que cada estado parte se compromete a tomar las medidas que considere necesarias de conformidad con sus procedimientos constitucionales, para prohibir y prevenir toda

20 *Ibíd.* Cuya referencia es el documento CCD/PV.691, 4 de marzo de 1976, 14p.

21 *Ibíd.* Cuya referencia es el documento CCD/PV.691, 4 de marzo de 1976, 14p.

22 *Ibíd.* Cuyas referencias son los documentos CCD/PV. 692, 9 de marzo de 1976, 31p y CCD/PV.698, 30 de marzo de 1976, 17p.

actividad a las disposiciones de la convención, en cualquier lugar situado bajo su jurisdicción o control.

Con relación a la institucionalidad de la ENMOD, esta se configura con base en un comité consultivo de expertos y las partes podrán designar a un experto para que preste sus servicios en dicho comité, y cuyas funciones y reglamento se formulan en el anexo a este instrumento²³. Por último, en relación con la denuncia de la convención, el artículo V N° 3 establece que el estado podrá presentarla al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Conclusión

En conclusión, para el DIH el medio ambiente, y de forma muy temprana en el tiempo, es considerado una víctima más de los conflictos armados. Lo anterior entonces supuso una reorientación de algunos principios y normas, principalmente en el protocolo I anexo a las convenciones de Ginebra, de así considerar el medio ambiente.

La ENMOD, a nuestro juicio, es el reconocimiento explícito y primario de lo anterior y fundante de las posteriores normas internacionales sobre la materia.

23 El Anexo de la ENMOD indica al efecto:

1. El comité consultivo de expertos se encargará de establecer las conclusiones fácticas pertinentes y de facilitar opiniones de expertos en relación con cualquier problema que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 de la presente convención, plantee el estado parte que solicite la convocación del comité.
2. Los trabajos del comité consultivo de expertos se organizarán de modo que le permita desempeñar las funciones establecidas en el párrafo 1 del presente anexo. Cuando sea posible, el comité tomará por consenso decisiones sobre las cuestiones de procedimiento relativas a la organización de sus trabajos; si no es posible, las decisiones se tomarán por mayoría de los miembros presentes y votantes. No se someterán a votación las cuestiones de fondo.
3. El presidente del comité será el depositario o su representante.
4. Cada experto podrá estar asesorado en las reuniones por uno o varios consejeros.
5. Cada experto tendrá derecho a recabar de los estados y de las organizaciones internacionales, por conducto del presidente, la información y la asistencia que estime conveniente para el desempeño de la labor del comité.

SEGURIDAD NACIONAL Y LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

*Mayor CJ PNP. Mirtha Helenina Musso Lopez**

Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto mecanismos destinados a la preservación y mantenimiento de la seguridad nacional, tanto en el ámbito del orden interno público, para lo cual se vale de diversidad de organismos; siendo de resaltar, en especial, las instituciones de naturaleza castrense, es decir, aquellas cuya forma de organización está conformada de acuerdo a las responsabilidades que la ley les atribuye, sustentándose en principios como disciplina, subordinación, jerarquía y profesionalismo, con un modelo de organización clásico que basa su razón de ser en la responsabilidad de la misión encomendada; empero, no siendo suficiente su organización y principios, requieren de un ente que a su vez vele por su mantenimiento, por lo que en el desarrollo de este artículo veremos el nexo entre estas organizaciones, su responsabilidad referente a la seguridad nacional y la razón de ser de la jurisdicción militar policial.

159

NOCIONES GENERALES SOBRE SEGURIDAD

El concepto “seguridad” proviene del latín *securitas* que a su vez se deriva del adjetivo *securus*, el cual está compuesto por “se” sin y “cura” cuidado o procuración, lo que significa sin temor, despreocupado o sin temor a preocuparse¹. Cotidianamente se puede referir a la seguridad como la ausencia de riesgo o también a la confianza en algo o alguien. Sin embargo, el término

* Abogada egresada de la USMP. Magíster en Derecho Penal con mención en Derecho Penal Militar por la UNMSM.

1 MARTÍNEZ SERRANO, Alejandro; “¿Qué es la Seguridad Nacional?”. Mayo, 2001.

puede tomar diversas acepciones según el área o campo al que haga referencia.

En un sentido general, la seguridad es un estado de ánimo, una sensación, una cualidad intangible. Se puede entender como un objetivo y un fin que el hombre anhela constantemente como una necesidad primaria. Desde una perspectiva social, es la necesidad básica de la persona, grupos humanos y un derecho alcanzable, inalienable del hombre, de la sociedad y del Estado. Así, la seguridad denota: confianza, que radica en pensar que no debe pasar nada; tranquilidad, representada por una carencia de amenaza; prevención ante todo riesgo; preservación, a través de medidas preventivas; protección de cualquier riesgo; previsión o anticipación a un hecho, defensa o resguardo; control o dominio de todo tipo de mala reacción, estabilidad antes, durante y después de algún riesgo; y garantía sobre alguna necesidad.

nes, etc., que se convierten en los garantes de la seguridad.

La convivencia es un derecho de todos y por lo mismo es también una finalidad de la comunidad política que debe cristalizarse, no solo en beneficio de los ciudadanos, titulares de derechos y deberes políticos, sino de la comunidad íntegra, titular de toda clase de derechos. Entonces, la seguridad se convierte en una finalidad de la comunidad política, pues sin ella no es posible garantizar su existencia y, por ende, la del Estado.

SEGURIDAD NACIONAL

Como punto de partida es indudable que la seguridad es “una radical necesidad antropológica humana”². Un concepto de seguridad nacional compatible con nuestro sistema de libertades, por lo que nos parece oportuno recordar las clásicas categorías de “seguridad exterior” y de “seguridad interior”. Basta pues un sencillo recordatorio de su formulación tradicional.

Históricamente la seguridad se venía definiendo como “exención de peligro, daño o riesgo”, para después adjetivarse como “seguridad exterior” y “seguridad interior”. La primera hacía referencia a los ataques al Estado considerado como miembro de la comunidad internacional, esto es, en su misma personalidad como Estado, y de este modo la “seguridad exterior” hacía referencia a sus elementos esenciales: territorio, pueblo y soberanía. Y de otra parte, la “seguridad interior” se proyectaba hacia los ataques a las instituciones concretas en que se expresa la organización del poder político. De esta forma la idea liberal de “seguridad interior” reconstruía la denostada categoría de los delitos de “lesa Majestad” y daba nacimiento a un renovado entendimiento del derecho penal político.

160

SEGURIDAD Y SU DESARROLLO EN EL TIEMPO

Desde su aparición sobre la tierra, el hombre ya buscaba su seguridad, encontrando en el grupo, en la reunión con otros, la manera de preservarse de los elementos naturales, de las fieras y de todos los peligros que lo acechaban. Entonces, aún en las cavernas, en los clanes ya buscaba la seguridad como medio fundamental para su supervivencia. De esta manera ya se fueron visualizando las primeras bases de los liderazgos, y empezaba a nacer el sentido del orden, de reconocimiento, convivencia integral y fuerza pública interna y externa, encargada esta última de brindar esa seguridad. Empezábamos a notar como humanos en ese tiempo que la seguridad era sinónimo de organización, de responsabilidad, de solidaridad, que generalmente los grupos humanos fuimos desarrollando. Así aparecen las autoridades, las leyes, las sancio-

Se infiere, entonces, que la seguridad nacional reúne los conceptos de seguridad exterior e interior, por lo que contiene todos los intereses, valores y finalmente la multiplicidad de bienes jurídicos protegidos por el Estado.

SEGURIDAD NACIONAL EN EL PERÚ Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Paralelamente a los conceptos de seguridad exterior e interior se gestó la necesidad de la fuerza pública en general, para luego, con el tiempo, dividirse en fuerza pública externa y fuerza pública interna, a cargo de los ejércitos (Ejército, Fuerza Aérea y Marina de Guerra) y de la Policía, respectivamente, instituciones tutelares que cumplen una función diferenciada con relación al ámbito en el que desarrollan sus actividades; empero, muchas veces complementaria y/o subsidiaria, esto es, cuando sus estructuras resultan superadas y requieren, en su momento, del apoyo correspondiente, vale decir que en caso de una guerra exterior el titular de seguridad será la fuerza armada y el ente de apoyo lo constituirá la policía, de igual forma en los casos de conflicto interno, el titular de la seguridad lo constituye la policía y como auxiliar serán las fuerzas armadas las que intervendrán.

El Estado peruano en su proceso de desarrollo y consolidación, se mantiene alerta y preparado a fin de hacer frente a las amenazas contra la Nación y el Estado, y garantizar su seguridad, base indispensable para lograr el desarrollo y alcanzar sus objetivos.

La seguridad es la situación en la cual el estado tiene garantizado su independencia, soberanía e integridad y la población los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, y son las instituciones mencionadas las que lo garantizan.

Esta situación contribuye a la consolidación de la paz, el desarrollo integral y la justicia

social, basada en los valores democráticos y en el respeto a los derechos humanos.

Felipe Villavicencio Terreros³, señala que la seguridad nacional, como doctrina, fue introducida en los años sesenta por parte de los militares norteamericanos y brasileños que consideraban a la convulsionada realidad política y social latinoamericana como una variable de la denominada “guerra permanente”, la cual se hallaba inspirada a partir de la polarización mundial entre oriente y occidente.

En su artículo 163°, la actual Constitución de 1993 contempla el concepto de defensa nacional, donde se vincula y desprende a su vez el concepto de seguridad nacional.

Ya en la década de los cincuenta estas ideas doctrinarias sobre la defensa nacional habían sido planteadas en nuestro país por el Centro de Altos Estudios Militares (CAEM). Aquí se ha sostenido que el fin supremo del Estado es el bien común, al cual deben añadirse la seguridad integral y el bien como dos finalidades relacionadas entre sí.

La idea es que mientras el bienestar pertenece al ámbito de la política y de la economía, la seguridad integral es entendida como aquella situación en la que el Estado garantiza su existencia, la integridad de su patrimonio y como la facultad de actuar con plena autonomía y libertad, tanto en el campo externo como interno.

En el caso peruano, el concepto de seguridad nacional implica que tanto la Policía Nacional como las fuerzas armadas participen en la seguridad o el orden interno y externo.

Doctrinariamente, en el año 2000, la Secretaría de Defensa Nacional conceptualizó la seguridad nacional de la siguiente manera: “Es la situación en la que el Estado tiene garantizada su existencia, la integridad de su patrimonio, sus intereses, así como su soberanía e independencia

para actuar con plena autoridad y libre de toda subordinación frente a todo tipo de amenazas”.

Como su finalidad podemos decir que, considerando el bien común como una situación ideal, propicia para la realización y defensa de la persona humana, la seguridad nacional se constituye en un medio indispensable para conseguir este fin supremo.

Las nuevas amenazas y otros desafíos a la seguridad constituyen problemas complejos que requieren respuestas multisectoriales, complementadas por la sociedad civil, todos ellos actuando en su ámbito de responsabilidad, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Esta es la base de la integración entre el Estado y la sociedad en todos los campos de la actividad nacional, particularmente en el político, económico, social, científico-tecnológico y ecológico; empero, la responsabilidad del Estado va más allá, pues debe cerciorarse que las instituciones cumplan la finalidad para la cual fueron creadas y asegurar así el ambiente de seguridad externa e interna, para ello crea mecanismos de control, que tienen como objeto velar por la eficiencia y eficacia de estas instituciones, y es siguiendo esta lógica que ha dado una serie de disposiciones que dotan a estos organismos de especiales formas de conformación y que, además, regulan el comportamiento de sus integrantes, con una dosis especial y excepcional de normas de conducta, que no son exigibles a los ciudadanos comunes; consecuentemente la trasgresión grave de tales parámetros genera lógicamente reacciones que deben tener un carácter ejemplarizador, y para ello surge la necesidad de un órgano especial que lo aplique (jurisdicción militar policial).

Entonces, la defensa nacional es el conjunto de medidas, previsiones y acciones que el Estado genera, adopta y ejecuta en forma integral y permanente, se desarrolla en los ámbitos externo e interno. Toda persona natural y jurídica está obligada a participar en la defensa nacional; sin embargo, tal responsabilidad les está atribuida en primer orden a las fuerzas ar-

madas y Policía Nacional del Perú, en el frente externo e interno respectivamente, constituyéndose en elemento auxiliar y complementario en situaciones excepcionales que requieran su intervención.

El Estado garantiza la seguridad de la nación mediante el sistema de seguridad y defensa nacional, que tiene por función preparar, ejercer y dirigir la defensa nacional en todos los campos de la actividad nacional.

La política de seguridad y defensa nacional es una política de Estado que tiene por finalidad orientar la selección, preparación y utilización de los medios del Estado para la obtención y mantenimiento de la seguridad nacional, tanto en el frente externo como en el interno. Esta política está constituida por el conjunto de lineamientos generales para estructurar, coordinar y armonizar los esfuerzos de los campos de acción del Estado: defensa y desarrollo, para hacer frente a los obstáculos, riesgos, amenazas o desafíos contra la seguridad y los intereses del Estado. Los intereses nacionales están constituidos por las necesidades y aspiraciones, amplias y duraderas que posee la nación y se traducen en objetivos nacionales, que vienen a ser la expresión formal de los intereses y aspiraciones nacionales.

RIESGOS A LA SEGURIDAD NACIONAL

En cuanto a los riesgos a la seguridad nacional podemos advertir un sin número de ellos, pero cabe resaltar, entre otros, los siguientes: conflictos externos, el terrorismo, el narcotráfico y la delincuencia internacional; grupos terroristas y subversivos, contrarios al ordenamiento constitucional, que optan por la violencia; grupos radicales que promueven la violencia social y desbordes populares; delincuencia común organizada; tráfico ilícito de drogas y corrupción.

Así, se hace difícil distinguir a aquellos que alteran el orden interno y aquellos que ponen en peligro la integridad del Estado ante

una guerra exterior. La distinción entre los connacionales y el enemigo pierde nitidez, como consecuencia lógica de la doctrina de la seguridad nacional, toda vez que ahora el enemigo del Estado puede ser tanto externo como interno. El concepto de “orden del sistema” resulta único e indivisible, dado que todo aquel que está contra él o en desacuerdo con él es un enemigo.

Enemigo es todo aquel que no está con ese orden o con el status quo; es más, se tiende a un nuevo concepto de nacionalidad, sólo son nacionales los que están de acuerdo con el orden.

El conocimiento de la situación geoestratégica del país, el contexto internacional y la situación actual, posibilitan la identificación de amenazas al Estado, entre las que se particularizan las siguientes: 1. Las que provienen del exterior o interior, generadas por intereses expansionistas, económicos o de poder. 2. Las que se originan por la presencia de grupos de ideologías contrarias a las del Estado y que ignoran la voluntad popular, optando por el recurso de la violencia para conseguir sus fines. 3. Las que se originan como resultado del tráfico ilícito de drogas, ya sean en el ámbito nacional o internacional. 4. Los desbordes populares que tienen su motivación en la pobreza, las desigualdades sociales u otras contradicciones. 5. La delincuencia común organizada. 6. Las pruebas de origen nuclear, bacteriológico y químico, y los satélites artificiales o proyectiles. 7. Las producidas por fenómenos naturales y tecnológicos (provocados por la acción del hombre) que puedan generar desastres o que atenten contra el medio ambiente y la ecología. 8. El manejo de las comunicaciones y los medios informáticos, como armas tecnológicas.

Por otro lado tenemos a los conflictos, que es el estado natural de las relaciones humanas configurado por la oposición de intereses entre dos o más actores en escenarios particulares y cuyo antagonismo se hace manifiesto en las acciones que realizan para la consecución de sus objetivos. Los conflictos que ponen en

riesgo la seguridad nacional, son los que atentan contra su existencia, como la integridad del patrimonio del Estado, sus intereses, soberanía e independencia. Surgen como amenazas y se desarrollan tanto en el ámbito externo como interno, su solución puede darse en forma violenta o pacífica.

Los desastres, que están conformados por el conjunto de daños a la vida, salud, medio ambiente y economía del Estado, originados por los fenómenos naturales o tecnológicos (provocados por la acción del hombre) y que requieren el auxilio parcial o integral y organizado del Estado. Los desastres pueden ser los siguientes: los que se originan por fenómenos de geodinámica interna y dan lugar a sismos, maremotos y actividad volcánica; los que se producen por geodinámica externa y dan lugar a huaycos, deslizamientos y aluviones; los producidos por fenómenos hidrometeorológicos y dan lugar a inundaciones, sequías, granizadas y heladas; y los tecnológicos o provocados por la acción del hombre, dando lugar a incendios, contaminaciones, explosiones y daños a la ecología; en todos ellos se produce una clara alteración de la seguridad, que debe ser controlada, para evitar un caos situacional.

Queda claro, de lo vertido, que al Estado le corresponde la responsabilidad de mantener una situación de seguridad ante cualquier amenaza, provocada o fortuita, externa o interna, para ello deberá contar con organizaciones adecuadas con funciones especiales e integradas por un cuerpo sólido y profesional; para tal fin, surge la necesidad de una jurisdicción especial y excepcional que vele por dichos intereses, teniendo en consideración que una eventual falla de estas instituciones generará necesariamente la vulneración de múltiples bienes jurídicos de interés nacional, pudiendo llegar a poner en peligro al Estado mismo.

No se mostrará con exactitud la trascendencia de la jurisdicción militar policial en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, si no apreciamos someramente los factores que concurren a la inestabilidad de la seguridad,

así tenemos las amenazas, que son acciones reales o percibidas, provocadas consciente o inconscientemente por un eventual adversario, a quien se le supone, con cierto fundamento, la intención y la capacidad para afectar la seguridad nacional, dando lugar a los conflictos o los desastres.

SEGURIDAD NACIONAL Y ORDEN INTERNO

Debemos tener en cuenta que el orden interno es el bien común, es un orden justo para la vida suficiente de una comunidad.⁴ Es el conjunto de condiciones objetivas existentes que permiten que se regulen y se realicen las interacciones entre el Estado, como suprema institución de una nación, y las restantes instituciones nacionales.

De acuerdo con Maurice Hauriou: “La concepción de un régimen constitucional tiene por fin establecer un equilibrio fundamental que sea favorable a la libertad asegurando el desenvolvimiento regular del Estado”⁵. Asimismo Luis Alberto Sánchez define que, el orden interno es la normalidad y el orden público puede ser sencilla y claramente una forma de exteriorización de esa normalidad. “Lo primero es lo genérico, lo segundo es lo específico”. “El orden interno es la normalidad, es como vive un país observando las leyes sin transgredir ningún precepto, ni incurriendo en rupturas ni quebrantos y por consiguiente, es el cumplimiento de la ley”. “Hay una relación íntima entre orden interno y orden público; sin embargo, no son hermanos siameses aunque descienden del mismo linaje”.

Por su parte Alfredo Quispe Correa menciona que: “El orden interno es la suma de las

diversas estructuras del Estado como la jurídica, social, religiosa, política, etc. El conjunto de estas estructuras nos va a dar la idea del orden interno”. Al respecto Marcial Rubio Correa⁶, expresa que: “El orden interno y el orden público comparten elementos de naturaleza política y de naturaleza jurídica y además están relacionados entre sí de manera que el orden interno es el género y el orden público una de sus especies. Orden interno es el sentido de orden en el territorio nacional y orden público es el sentido de la regular marcha de la vida social naturalmente dentro del territorio nacional. El orden interno tiene que ser caracterizado como un concepto político social y, por su lado, el orden público está más referido a los elementos imperativos del derecho, es decir a aquellos que no pueden ser dejados de cumplir en la vida social. El orden interno se mantiene entre otras formas conservando el orden público, pero el orden público no es todo el orden interno porque en éste hay muchas dimensiones de carácter social que no rozan al derecho ni a los principios de organización política de manera directa”.

RESPONSABILIDAD DE MANTENER EL ORDEN INTERNO

Las atribuciones y facultades que la Constitución otorga al Presidente de la República, las fuerzas armadas y la Policía Nacional del Perú, son niveles de responsabilidad y no órdenes internos menores, no puede existir un orden interno exclusivamente para el desarrollo del país, a cargo del Presidente, y otro orden interno menor o restringido, a cargo de la Policía Nacional y fuerza armada, ya que esta figura jurídica como finalidad fundamental del Estado es única, existiendo la responsabilidad de velar por él, en la garantía, mantenimiento, restable-

4 FERRERO REBAGLIATI, Raúl; “Ciencia política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional”. Lima, Editorial Studium, 1975.

5 MAURICE HAURIOU; “Précis de Droit Constitutionnel”. CNRS, Paris, 1965.

6 RUBIO CORREA, Marcial; “Sistema jurídico. Introducción al Derecho”. Decima edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009.

cimiento y control; niveles de responsabilidad que competen a la PNP y las FF.AA., y que debe ser asegurada, entre otros mecanismos, a través del sistema judicial especialmente establecido para ello.

Las graves alteraciones del orden pueden iniciarse gradual y progresivamente en una parte del territorio nacional, con pequeñas o graves alteraciones del orden público, para luego afectar significativamente el orden interno a nivel nacional. También pueden suceder afectaciones intempestivas como desastres naturales o un golpe de estado. Por lo tanto, no puede haber dos clases de orden interno, sino uno solo, con diversos matices de intensidad o violencia. Su control, mantenimiento y restablecimiento, en cualquiera de los casos, contribuye al desarrollo nacional.

El mantenimiento y conservación del orden propicia una disposición favorable al desarrollo económico y social del país y por ende ofrece seguridad, confort, bienestar, riqueza, beneficio común, etc., términos a los que en la actualidad se conoce como “desarrollo”. Así, el orden, seguridad y el desarrollo son conciliables e indesligables.

Por el contrario, la carencia de seguridad y, por ende, el quebrantamiento del orden interno (por factores externos y/o internos), genera como consecuencia la vulneración de los intereses y derechos de la nación, ya sea de manera individual de ciudadano a ciudadano o como un todo a nivel de país, ello dependerá de la magnitud de inseguridad generada; ahora bien, los organismos encargados de mantener dicha seguridad deben estar premunidos de las condiciones adecuadas para actuar ante cualquier circunstancia, siendo la más trascendente el orden y disciplina al interior de su organización, lo que implica el cabal cumplimiento de sus normas internas; empero, qué sucede cuando se quebrantan estas normas, la respuesta es obvia, se incumple el deber funcional poniendo en

peligro los bienes jurídicos de interés nacional y en un grado múltiple, de allí la importancia vital para la nación y el estado de estas instituciones y de los mecanismos incorporados para lograr su buen funcionamiento, teniendo para ello un mecanismo judicial de trascendental importancia.

JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL Y SEGURIDAD NACIONAL

Como lo refiere Carzola Prieto⁷, el fundamento de la jurisdicción militar se encuentra en una exigencia técnica de especialización en relación con la materia atribuida, donde el ordenamiento estatal, a través de la organización militar, por medio de órganos propios, como los tribunales militares, garantizan el mantenimiento de la disciplina castrense, su organización, funciones y operatividad.

Así, podríamos fundar la jurisdicción militar policial diciendo que el orden, la disciplina y eficacia de las fuerzas armadas y la Policía Nacional, es imposible obtenerse cumplidamente en los tiempos modernos sin un conjunto de disposiciones orgánicas que coordinen, sincronicen y concierten las relaciones derivadas de la vida militar. Quienes integran estas instituciones tienen deberes propios, que llegan a niveles de exposición no exigibles a ciudadanos comunes, pues por muy próxima que sea su relación con los deberes de los demás hombres y las limitaciones impuestas a la actividad general, no pueden sustraerse de las exigencias de una ordenación singular que contemple a la vez la razón de su existencia, su desenvolvimiento regular y su finalidad específica.

La existencia de una jurisdicción militar policial, no solo se fundamenta con razones filosóficas, sino con motivos de orden práctico, como: la necesidad de vigorizar la disciplina y el respeto a la autoridad en la cadena de mando, que se consigue cuando estos son a la vez

jueces y superiores; la solución de continuidad que representa la marcha de un ejército en un país extranjero, maniobras o campaña; lo difícil o escasa en resultados prácticos que sería la actuación de los jueces ordinarios en el interior de los cuarteles, en campaña dentro y con mayor razón fuera del territorio nacional; la dificultad que encontrarían los jueces comunes para entender a cabalidad las obligaciones militares o policiales y las consecuencias jurídicas drásticas de los delitos propiamente militares; la necesidad imperiosa de un procedimiento corto, en algunos casos sumarisimo, a fin de que la aplicación de la pena sea inmediata a la comisión del delito, celeridad que se torna incompatible con los procedimientos comunes; el ingrediente ejemplarizador de las penas que impone un código penal castrense (finalidad preventiva general como especial); la necesidad de sancionar actos de aparente escasa importancia o nula significación con severas sanciones, entre otros.

166

Gerardo Eto Cruz, César Landa Arroyo y José Palomino Manchego han señalado argumentos a favor y en contra respecto de la existencia del fuero militar. Entre los argumentos a favor tenemos: una mejor valoración y conocimiento de los hechos por parte del Tribunal Militar; la importancia de los intereses ofendidos, cuya protección requiere una respuesta ejemplar rápida; y, la necesidad de conservar la disciplina, revistiendo de mayor autoridad a los superiores y dando mayor confianza a los inferiores⁸.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Lo cierto y concreto, cuando hablamos de seguridad nacional, es que se trata de un engranaje necesario, estructurado en toda nación y en todos los tiempos, para mantener la estabilidad de un estado en un ambiente de paz social, pues el estado tiene como función básica el mantenimiento de la seguridad nacional, lo cual solo puede lograrse con el apoyo decidi-

do de instituciones con estructura y funciones excepcionales, diferenciadas de las demás instituciones públicas, por la exposición de sus integrantes a situaciones de riesgo no comunes, lo que implica un ordenamiento y tratamiento diferenciado, cuyo incumplimiento o trasgresión pone en peligro tan importante finalidad, situación que se evita o se minimiza a través de la punición de conductas contrarias y el actuar de un órgano judicial especializado; entonces, la Nación crea el Estado y le encomienda su seguridad, el Estado ejecuta el encargo a través de la fuerza pública (fuerza armada y policía nacional), y finalmente la eficiencia, eficacia o en concreto la efectividad de la fuerza pública se logra bajo la supervisión e intervención de la jurisdicción militar policial.

Bibliografía

- FERRERO REBAGLIATI, RAÚL; *"Ciencia política, teoría del estado y derecho constitucional"*. Lima, Editorial Studium, 1975.
- CARZOLA PRIETO, Luis María. ALCUBILLA, Enrique Arnaldo. ROMAN GARCIA, Fernando.
- MARTÍNEZ SERRANO, Alejandro; *"¿Que es la seguridad nacional?"*. Mayo, 2001.
- MAURICE HAURIU; *"Précis de Droit Constitutionnel"*. CNRS, Paris, 1965.
- ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César; PALOMINO MANCHEGO, José. La jurisdicción militar en el Perú; en Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego. Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Lima editorial Grijley, 1997.
- PÉREZ NUÑO, A.E.: *"La seguridad jurídica"*. Editorial Ariel. Barcelona, 1991.
- RUBIO CORREA, Marcial; *"Sistema jurídico. Introducción al derecho"*. Décima edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Introducción a la criminología. Lima. Grijley, 1997.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

*Comandante CJ FAP Ivone Roxana Bastidas Taype**

*Mayor CJ FAP Karla Milagros Rada Benavides***

GENERALIDADES

167

Es necesaria la existencia de normas especiales que regulen la administración de justicia respecto de los miembros de las fuerzas armadas y policiales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló que: “El fuero militar es una instancia especial exclusivamente funcional destinada a mantener la disciplina de las fuerzas armadas y de seguridad”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) advierte, a su vez: “Que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Incluso, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”.

El sistema penal militar es una rama especializada del derecho penal común y debe, por lo tanto, estar sometido a los principios y garantías del debido proceso en una adecuada administración de justicia.

* Abogada egresada de la Universidad San Martín de Porres - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Derecho Penal en la EUPG de la Universidad Federico Villarreal; Instructor en DDIHH y DIH. Desempeñándose actualmente como Fiscal Supremo Adjunto ante la Vocalía Suprema del Fuero Militar Policial.

** Abogada egresada de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Derecho Civil y Comercial en la EPG de la Universidad San Martín de Porres; Instructor en DDIHH y DIH. Desempeñándose actualmente como Fiscal Adjunta en la Fiscalía Militar Policial N° 12 de la FAP.

El proceso penal requiere del dictado por parte del juez de determinadas medidas para asegurar el cumplimiento de sus fines, se vale de los medios de coerción procesal o también llamadas medidas cautelares para cumplir con tal cometido. Una de estas medidas cautelares es la prisión preventiva, que de suyo, representa la medida más gravosa para la libertad, de ahí que debe aplicarse excepcionalmente, ya que de otro modo devendría en arbitraria y, consiguientemente, repulsiva del orden público.

MODELOS DE MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL

1. Modelo garantista

Denominado también modelo liberal. El garantismo designa a un modelo normativo de derecho que en el plano político supone una técnica de tutela capaz de minimizar la libertad, y en el plano jurídico a la potestad punitiva.

Este modelo presenta las siguientes características:

- Reconocer la supremacía del derecho a la libertad.
- Propugnar medidas alternativas a la prisión preventiva.
- Afirmar que tiene únicamente fines procesales, solo el peligro de fuga justifica su adopción.
- Destacar que la potestad persecutoria es limitada.

2. Modelo eficientista

Este modelo es de corte autoritario, su característica principal es que subordina el valor de la libertad al principio de autoridad. Desconoce la idea de límites a la potestad punitiva del Estado.

Bajo la justificación de las situaciones de emergencia o políticas coyunturales, los derechos fundamentales a la libertad y a

la presunción de inocencia se vuelven relativos y se opta por medidas que no solo los pervierten, sino que se convierten en reglas de procedimiento.

Características del modelo eficientista:

- Inversión de valores: la libertad pasa a ser la excepción, la detención preventiva se convierte en anticipo de pena.
- Instrumentalización de los operadores del derecho: los jueces abandonan su deber de garantizar la defensa de los derechos fundamentales.

3. Modelo preventivista radical

Busca la seguridad a cualquier costo, sobre la base de argumentos que sostienen que la actuación del estado y del sistema de justicia penal debe estar dirigido, antes que nada, a evitar, cuanto más temprano mejor, la posibilidad siquiera de preparación de un delito. En el proceso penal, con este modelo, se privilegia los valores de orden público y seguridad ciudadana en desmedro del valor libertad.

Son manifestación de un modelo de emergencia penal, la legislación antiterrorismo dictada en la década del 90, entre ellos los decretos leyes N° 25475, 25659, 25708, 25880.

4. Modelo a que se adhiere el sistema peruano y el Código Penal Militar Policial

Si tuviéramos que ceñirnos al aspecto constitucional, precisamente al art. 1 (donde reconoce a la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado), art. 2 inc. 24 (reconoce el derecho a la libertad y seguridad personales), art. 2 inc. 24 literal "e" (establece la presunción de inocencia), art. 43 (configura la calidad del estado democrático), art. 44 (deber primordial del estado del respeto de los derechos y la seguridad y tratados internacionales

sobre DDHH de los que el Perú es parte); teniendo en cuenta lo mencionado líneas arriba diremos que nuestro sistema es garantista, en tanto está acorde con los postulados que esta exige.

PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Para que la privación cautelar de libertad constituya un instrumento legítimo, deben respetarse sus presupuestos, los que han sido desarrollados en la STC 0808-2002/HC, del 8 de julio (caso Tello Díaz), conforme a la cual los requisitos para aplicar la prisión preventiva son:

“Que exista prueba suficiente [*fumus boni iuris*], peligro procesal [*periculum in mora*] y que la pena probable a imponer sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad [...]”.

En realidad se está ante dos presupuestos. Los conceptos de la prueba suficiente y la pena probable configuran uno solo, el *fumus boni iuris*; según esto, el juzgador no solo está obligado a determinar la existencia de una alta probabilidad de que sancionará al imputado mediante una sentencia condenatoria, sino que además debe verificar que esa sanción corresponderá por lo menos a una pena superior a cuatro años de privación de libertad.

De lo contrario, si uno de estos requisitos no se cumple, ya no es necesario evaluar el peligro procesal en el ámbito de aplicación de la prisión preventiva, sino que se acudirá a una medida cautelar personal alternativa que regule un *fumus boni iuris* menos exigente.

Ahora bien, cuando en la aplicación de la prisión preventiva se verifica la presencia del primer presupuesto (*fumus boni iuris*), este debe estar acompañado de otro que es fundamental, la presencia de un peligro procesal consistente en el riesgo sea de fuga, sea de obstaculización, o por la presencia de ambos. Además, debe constituir un peligro que –según las circunstancias del caso y del imputado– solo

puede ser evitado mediante la prisión preventiva (subsidiariedad).

Fumus boni iuris

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho indica que para decretar la prisión preventiva debe llevarse a cabo un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en una sentencia definitiva. Juicio que debe estar asentado en criterios objetivos que permitan identificar los elementos que conducen a una razonada atribución del hecho punible. El juez debe valorar un alto grado de probabilidad de sancionar al imputado como autor o partícipe del delito y esto se acredita cuando se verifica que hay razones que justifiquen la imposición de la condena y no existen razones que justifiquen una sentencia absolutoria. La probabilidad se diferencia de la posibilidad en que esta solo requiere una equivalencia entre las razones favorables o contrarias a la hipótesis, y la certeza de que esta solo se alcanza una vez que es posible rechazar, sin motivo de duda razonable, las razones contrarias a la hipótesis. La prisión preventiva nunca puede justificarse en razones de certeza, por la sencilla razón de que la certeza es un estado que solo puede ser alcanzado con la sentencia condenatoria. Se requiere una probabilidad alta de sancionar al individuo a una pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad, lo que siempre acarrea un pronóstico.

PERICULUM IN MORA

La duración, imprescindible en un proceso penal, puede constituir una ocasión propicia para que la parte pasiva en el proceso penal realice actuaciones que puedan hacerlo inefectivo y, así mismo, a la sentencia con la que debe terminar.

Para evitar ese riesgo se adoptan las medidas cautelares y, por esta razón, en la configuración del *periculum in mora* se advierte con mayor claridad cuáles son los objetivos que un ordenamiento procesal persigue mediante la utilización de la prisión preventiva.

a. Peligro de fuga

El TC no ha dudado en sostener que el peligro procesal es el elemento más importante para valorar la aplicación de la prisión cautelar de libertad. Así afirma que: “[...] el principal elemento a considerarse en el dictado de [una] medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. [...]” [SSTC N.º 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto (caso Silva Checa); 1565- 2002-HC/TC, de 5 de agosto (caso Chumpitaz González); y, 376-2003-HC/TC, de 7 de abril (caso Bozzo Rotondo)].

En este sentido, el TC desarrolla los elementos que a su juicio deben ser evaluados antes y durante el desarrollo del proceso para determinar la existencia del peligro procesal. Concretamente, menciona: 1) los valores morales del procesado; 2) su ocupación; 3) los bienes que posee; 4) los vínculos familiares; y 5) otros elementos que impidan ocultarse, salir del país o sustraerse de una sentencia prolongada.

La ocupación, los bienes que posee y los vínculos familiares forman parte de una clara definición de los componentes del **concepto de arraigo**, que es un criterio universalmente reconocido para identificar la existencia o inexistencia de peligro procesal. El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. La falta de arraigo no comporta en sí misma un peligro de sustracción del imputado a la acción de la justicia, pero sí permite presumirlo cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes (v. gr. medios económicos).

Deben tenerse en cuenta las circunstancias personales, no es indispensable que los

familiares vivan con el imputado, porque puede existir arraigo familiar cuando el pariente, a pesar de no vivir en el mismo techo, depende de él para su subsistencia. El arraigo laboral o profesional (ocupación) supone que el medio fundamental o único de subsistencia del imputado provenga de un trabajo desarrollado en el país; o en su caso, también deben evaluarse los casos en los que el imputado necesita permanecer en el país para desempeñar su actividad laboral.

Resulta relevante el comportamiento procesal del imputado en la medida en que es uno de los factores más certeros para determinar que este tiene la voluntad de evitar que la investigación judicial pueda terminar óptimamente.

Este es el caso de aquellos imputados descubiertos fugando de prisión, que no acuden a las citaciones procesales o realizan actos de destrucción, ocultamiento o falseamiento de pruebas en la propia sustanciación del proceso. Pero hay que repetir que nada indica que la naturaleza del proceso –simple o complejo– pueda influir en la conducta del imputado. Lo que influye son sus antecedentes, características y las propias circunstancias del proceso penal.

b. Peligro de obstaculización

Una sentencia que se ocupa del peligro de obstaculización es la STC 1091-2002/HC, del 12 de agosto (caso Silva Checa). En la que se afirma que:

“[...] Sin perjuicio de todo lo expuesto, al analizar la detención judicial preventiva [prisión preventiva] decretada contra el actor, el Tribunal Constitucional ha considerado, además, que conforme se corrobora del último párrafo del fundamento tercero de la resolución expedida por el juez del Cuarto Juzgado Penal Especial, a fecha cinco de setiembre de dos mil uno, se con-

sideró pertinente mantener en vigencia la detención judicial preventiva [prisión preventiva] contra el actor, pues a lo largo del proceso este no colaboró con el proceso de investigación judicial, considerándose ello un peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria que atentaría contra el objetivo del proceso penal [...]. Tal criterio se deriva del hecho que el actor no expresó, pese a tener «conocimiento pleno», que el dinero utilizado para la compra de acciones de Canal 10 provenía del Tesoro Público; que el actor concurría todos los días a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional a fin de prestar asesoramiento en materia de comunicaciones y que, por ello, se le abonaba la suma de ocho mil dólares americanos; que, asimismo, por concepto de mantenimiento de su oficina, tal suma incrementaba aproximadamente entre veinte a veinticinco mil dólares americanos; que habría recibido adicionalmente cien mil dólares para mejorar la situación de Canal 10 [...]». Estos supuestos de obstaculización de la actividad probatoria estrictamente calificados, son tomados por algunos como el reflejo de un «pensamiento inquisitivo», que no estima al imputado sujeto de derechos sino objeto del proceso y que no considera a la declaración del imputado como un medio de defensa, sino, un medio de investigación donde se persigue la confesión del imputado.

AUDIENCIA Y RESOLUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El artículo 271° del nuevo Código Procesal Penal prevé todo lo pertinente respecto a la audiencia y resolución de la prisión preventiva. El juez de la investigación preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público, realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del im-

putado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio. La necesidad de actuar, en una audiencia pública, los sustentos (en contra y a favor) que deberá tomar en cuenta el juzgador para resolver el pedido de prisión preventiva, deben adoptarse con todos los elementos de juicio que sean necesarios para garantizar su legalidad. Elementos de juicio que deben ser confrontados con los principios que dinamizan el acusatorio como son los de inmediación, debate y contradicción entre las partes. Poniendo énfasis en el derecho irrestricto de defensa del imputado.

La resolución debe ser pronunciada en la audiencia sin necesidad de postergación alguna. El fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustrara la audiencia. Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso. En este último supuesto deberá ser notificado con la resolución que se expida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia.

El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustenta, y la invocación de las citas legales correspondientes. La motivación de la resolución es imprescindible para sujetar la medida de coerción al marco de la legalidad, exponiendo las razones que justifican la prisión preventiva, a partir de una ponderación valorativa de los intereses que se pretenden amparar, de los fines que se pretende alcanzar, así como la obligación de exponer correlativamente la concurrencia de los presupuestos formales y materiales previstos en los arts. 268°-267°, adecuándolos debidamente a las circunstancias que rodean el caso concreto. Todos estos puntos se comprenden en la proposición lógico-jurídica que conlleva un auto de esta naturaleza, esto es, describiendo la imputación delictiva en su consideración fáctica y en su dimensión jurídico-penal, exponiendo los fundamentos

de hecho y derecho, y los dispositivos legales que correspondan (procesales y materiales). La sujeción de estas formalidades permite una adecuada tutela jurisdiccional efectiva para los justiciables.

De igual manera nuestro Código Penal Militar Policial señala que el requerimiento de una medida de coerción y la resolución del juez deberán efectuarse en audiencia oral y pública convocada a tal efecto, sin embargo no indica quiénes deben concurrir obligatoriamente a dicha audiencia, como sí lo hace el nuevo Código Procesal Penal. Respecto a la motivación el Código Penal Militar Policial señala que el juez apreciará la legalidad y razonabilidad del requerimiento y resolverá fundadamente.

CIRCULAR SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA (MINJUS)

Mediante Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ del 13 de setiembre del 2011, se dictan pautas metodológicas y criterios jurídicos para el tratamiento de la prisión preventiva por parte de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, las cortes superiores de justicia del Perú, la sala penal nacional, la Fiscalía de la Nación y del centro de investigaciones judiciales.

Dicha circular señala, entre otras cosas, lo siguiente:

- La prisión preventiva no es una medida de aplicación automáticamente o inmediata. Esto es, no se aplica a todos los imputados bajo sospecha vehemente-motivada y objetiva de comisión de un delito, cuya prognosis de pena sea superior a los cuatro años de privación de libertad. Es por esta razón que debe comprenderse que la pena a imponer al encausado tiene una “doble lectura”. En primer término, es necesario establecer si la probable pena a imponer es superior a cuatro años (artículo 268°, apartado 1, literal b) del Código Procesal

Penal). Cualquier prognosis inferior impide la aplicación de la prisión preventiva. Una vez que se cumple este motivo de prisión, es necesario analizar, además, cómo es que la probable pena a imponer puede influir en la conducta del imputado durante el proceso penal (artículo 269°, apartado 2, del Código Procesal Penal). Aun cuando se esté frente a una pena superior a los cuatro años de privación de libertad, es evidente que no es lo mismo la (probable) imposición de una pena de seis años de pena privativa de libertad, que la (probable) aplicación de una sanción de veinte años de pena privativa de la libertad. Una y otra, desde una inferencia que se explica por máximas de la experiencia, pueden generar una influencia radicalmente distinta en el ánimo o la conducta procesal del encausado. El juez debe valorar, entonces, el caso concreto, no aplicar una regla penológica general sin sentido.

- Un problema fundamental viene dado por la definición del arraigo, regulado por el artículo 269°, apartado 1, del Código Procesal Penal. Un dato fundamental que es de tener en cuenta en la valoración de los criterios establecidos por los artículos 269° y 270° del mencionado código, es que se está ante lo que se puede denominar “tipologías referenciales”, destinadas a guiar el análisis del riesgo de fuga u obstaculización (peligro procesal). No se está frente a causales de tipo taxativo, ni frente a presupuestos materiales de la prisión preventiva. Por lo tanto, es necesaria una valoración de conjunto de todas las circunstancias del caso para evaluar la existencia o inexistencia del peligrosismo procesal. No existe ninguna razón jurídica ni legal –la norma no expresa en ningún caso tal situación– para entender que la presencia de algún tipo de arraigo descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva. De hecho, el arraigo no es un concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos. Es decir, la expresión “existencia”

o “inexistencia” de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aun cuando se está frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuándo el arraigo –medido en términos cualitativos– descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva.

Es un error frecuente sostener que existe arraigo cuando el imputado tiene domicilio conocido, trabajo, familia, etcétera. Tal razonamiento no se sostiene desde la perspectiva del derecho procesal, pues la norma no exige evaluar la existencia o inexistencia de un presupuesto que no lo es, sino impone ponderar la calidad del arraigo. Es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado. Un ejemplo claro de esta situación es la conducta procesal del imputado (artículo 269, apartado 4, del Código Procesal Penal). Es igualmente factible que un encausado, con domicilio conocido o trabajo, muestre una conducta renuente al proceso; por lo tanto, se entiende que en este caso la “calidad” del arraigo no es suficiente para enervar el peligro procesal. De hecho, un indicador consolidado de esta situación es lo que el propio artículo 269, apartado 1, del Código Procesal Penal regula como un elemento a analizar en el ámbito del arraigo: “las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”. Es una máxima de la experiencia que aquellas personas que tienen facilidades para abandonar el país, por lo general, cuentan con recursos económicos, quienes, por lo demás, suelen tener domicilio, propiedades, trabajo, residencia habitual, etc.

Una resolución que descarta de plano la aplicación de la prisión preventiva fundamen-

tada en el solo hecho de que “el imputado tiene domicilio conocido”, es una de carácter estereotipado e importa una motivación aparente o insuficiente. Se necesita un análisis integral de las condiciones del caso y del imputado.

MOTIVACIÓN DEL PEDIDO FISCAL DE PRISIÓN PREVENTIVA

La motivación del pedido de prisión preventiva del fiscal militar policial deberá considerar las siguientes circunstancias:

- Que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es autor o partícipe de un delito;
- Que la sanción a imponerse sea superior a tres (03) años de pena privativa de la libertad;
- Cuando por la apreciación de las circunstancias del caso, exista presunción suficiente de que aquel no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación.

Asimismo, el fiscal militar policial deberá indicar en su solicitud el tiempo de duración de la prisión preventiva, según las circunstancias de cada caso.

En este pedido el fiscal militar policial debe lograr convencer a las partes sobre su corrección y justicia mostrando una aplicación del derecho vigente libre de arbitrariedades, sustentarse en presupuestos específicos y legalmente previstos, y respetar el principio de proporcionalidad a través de una correcta motivación de las razones que lo justifican.

Consideramos que el Código Penal Militar Policial debería incluir los presupuestos sobre peligro de fuga y peligro de obstaculización, contenidos en el nuevo Código Procesal Penal en los artículos 269° y 270°, a fin de que el fiscal militar policial pueda motivar con mayor sustento su solicitud de prisión preventiva, teniendo en cuenta que no puede justificarse en

decisiones estereotipadas, ni sustentarse en formulaciones puramente generales o abstractas. Asimismo, consideramos que el fiscal militar policial, al momento de fundamentar un pedio de prisión preventiva, debería tomar en cuenta los criterios jurídicos contenidos en la circular sobre prisión preventiva del MINJUS.

Conclusiones

1. La prisión preventiva aparece como la medida de coerción de mayor intensidad debido al máximo grado de aflicción que causa a la libertad física o corpórea del imputado.
2. La prisión preventiva está situada entre dos deberes estatales: el de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y, por otro, el de proteger la libertad del investigado.
3. La prisión preventiva para no vulnerar el principio de legalidad debe durar lo estrictamente necesario para alcanzar los fines propuestos en el proceso. Si esta rebasa el tiempo estrictamente razonable, la medida se convierte en arbitraria e inconstitucional.
4. El carácter provisorio de la prisión preventiva está relacionado directamente con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es decir, el derecho que tiene todo justiciable a que su situación jurídica sea resuelta en un plazo razonable, de acuerdo a lo estipulado en los convenios internacionales.
5. El Código Penal Militar Policial no ha desarrollado los criterios que se deben tener

en cuenta al momento de calificar el peligro de fuga o el peligro de obstaculización.

6. El Código Penal Militar Policial no ha incluido como otro presupuesto material para dictar mandato de detención preventiva, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma y sea el caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de los otros imputados o para obstaculizar la búsqueda de la verdad.

Bibliografía

- CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL (Decreto Legislativo 1094). Biblioteca Jurídica del Fuero Militar Policial. Primera Edición 2011.
- DERECHO PROCESAL PENAL. César San Martín Castro.
- PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE INSTITUCIONES DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.
- CENTRO DE ESTUDIOS PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA, DEMOCRACIA Y LIBERTAD. CERJUDEL -Ediciones BLG.
- INVESTIGACION PREPARATORIA Y ETAPA INTERMEDIA. Problemas de Aplicación del Código Procesal Penal de 2004. Gaceta Penal & Procesal Penal.
- MANUAL PARA LA APLICACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL - RODHAS-Editorial 1ra Edición – Set. 2009. Dr. Manuel Frisancho Aparicio.

DISCONFORMIDAD CON EL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO FISCAL

*Dra. Lesly Bravo Meneses**

*Dra. Yulissa Degollar López***

*Dra. Vanessa Pizarro Vilcapoma****

CUESTIÓN PREVIA

El objeto de este artículo es establecer si los jueces militares policiales están facultados para elevar el requerimiento fiscal de sobreseimiento a un fiscal superior para que este lo ratifique o rectifique, en aplicación supletoria del Código Procesal Penal, sin que ello vulnere el principio de legalidad procesal del Código Penal Militar Policial.

175

VACÍO Y DEFECTO PROCESAL

Doctrinariamente se denomina laguna jurídica o del derecho a la ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta. Es una situación de vacío en la ley que ha sufrido la patología jurídica de omitir en su texto la regulación concreta de una determinada situación, parte o negocio, que no encuentra respuesta legal específica; con ello se obliga al empleo de técnicas **sustitutivas del vacío**, con las cuales obtener respuesta eficaz a la expresada tara legal.

* Bachiller en ingeniería metalúrgica y abogada, se desempeñó como asesora legal de la Dirección General de Política y Estrategia del Ministerio de Defensa, prestando servicios actualmente en la Dirección de Recursos Humanos del Fuero Militar Policial, en calidad de asesora legal.

** Abogada, con estudios de maestría en Derecho Penal en la Universidad Nacional Federico Villareal, cursos en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Militar Policial, en la actualidad se desempeña como asistente en servicio jurídico II ante la Sala Suprema de Guerra y Defensora de Oficio Suplente del Fuero Militar Policial.

*** Abogada, conciliadora extrajudicial inscrita ante el Ministerio de Justicia, cursos en Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Militar, ponente y organizadora estudiantil ante el Colegio de Abogados de Lima (año 2006, 2007 y 2008) sobre diversas materias de Derecho; actualmente presta servicios en la Vocalía Suprema como Asistente en Servicio Jurídico I y Defensora de Oficio Suplente del Fuero Militar Policial.

El **defecto legal** es un vicio de obscuridad, omisión o imperfección de que adolece un escrito o en su defecto una norma, puesto que la ausencia de cualquiera de los requisitos materiales o formales exigidos por la ley para la realización de un acto determinado, motiva una variación en los efectos jurídicos que le son propios. Cuando tal situación ocurre, para remediar el defecto, recurrimos a otros medios de solución como:

- El derecho supletorio.
- La interpretación extensiva.
- La analogía.
- Acudimos a otras fuentes del Derecho como la costumbre o los principios generales del mismo.

LA INTEGRACIÓN JURÍDICA

176

El problema de los vacíos de la ley no es el reconocer que aquello existe, pues la imperfección es obvia e incluso admitida por la propia ley, sino cómo debemos actuar cuando estamos frente a un verdadero vacío legal. De esta manera recurriremos a un proceso de integración.

Por integración jurídica entendemos a aquel procedimiento por el cual, ante la falta o deficiencia de una norma para un caso concreto se integra o une al ordenamiento jurídico para llenar aquel vacío; este concepto se encuentra similar al de interpretación pero cabe aclarar que son diferentes; puesto que la interpretación presupone la existencia de la norma a la que se le debe aclarar o esclarecer. Cuando la interpretación resulta insuficiente para resolver un caso concreto, el intérprete (juez) debe dejar de ser tal, para pasar a cumplir una función integradora, es decir, completar o llenar el defecto o vacío encontrado.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL EN EL DERECHO PENAL

Este principio es conocido también como *Nullum iudicio sine praevia lege* (no hay proceso sin ley previa de cómo hacerlo). El principio de legalidad procesal en doctrina es un axioma jurídico, en virtud del cual el imputado no puede ser procesado con ley establecida posteriormente del acto u omisión presuntamente delictuoso.

En ese sentido, el principio de legalidad procesal de ninguna forma se ve alterado o vulnerado cuando se pretende suplir un vacío o defecto de la ley, por cuanto el juez¹ no solo tiene la facultad de interpretación para resolver un caso concreto, sino que deja tal función para pasar a cumplir una función integradora, es decir, completar o llenar los vacíos, como es lo que ocurre en el problema planteado, en lo referente a que la norma penal militar policial no establece un procedimiento en los casos que el juez se encuentre en desacuerdo con lo opinado por el fiscal.

SOBRESEIMIENTO

Se dicta mediante un auto, que puede ser objeto de apelación, **y en el Perú, sí se le atribuye la calidad de cosa juzgada, ya que pone fin a un proceso penal;** lo cual es muy distinto del archivo fiscal: el cual se produce cuando no hay fundamentos para proponer la incriminación al investigado.

El sobreseimiento, aun cuando es solicitado por el fiscal ante los juzgados de la investigación preparatoria o en su caso por el fiscal ante la vocalía suprema del Tribunal Supremo Militar Policial, solo es resuelto en un pronunciamiento judicial decretado exclusivamente por el juez o vocal de investigación preparatoria.

1 Como anotan Horvitz y López, si se entiende el principio desde la perspectiva del tribunal, como principio dirigido hacia la actividad de este (como nosotros lo hacemos) rige el principio de aportación de parte, que veda al juez intervenir en la realización de actos de investigación y de intervención de producción de la prueba (2005: 42).

El sobreseimiento, supone un requerimiento o solicitud de archivamiento del caso. Lo peticiona el fiscal² al juez de la investigación preparatoria³, al concluir que del estudio de los resultados de la investigación preparatoria, **existe certeza de que el hecho atribuido no se realizó o no puede atribuírsele al imputado, o cuando no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad**, la acción penal se ha extinguido, o **no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba al caso** y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

Clases de sobreseimiento:

- Sobreseimiento total.
- Sobreseimiento parcial.

Control del requerimiento fiscal de sobreseimiento

Si bien al juez en el nuevo proceso penal común, le está vedado inmiscuirse en labores persecutorias o irrogarse funciones requieren-tes propias y exclusivas de la fiscalía, habida cuenta que lo contrario importaría una flagrante vulneración al principio acusatorio, y

develaría la existencia de un juez interesado en promover la acusación –y por ende la condena–, es decir, alguien que no garantiza un proceder imparcial.

Sin embargo, el artículo 346° del nuevo Código Procesal Penal establece que:

“1. Ante el requerimiento del fiscal pidiendo el sobreseimiento del imputado, el juez se pronunciará en el plazo de quince días. Si considera fundado el requerimiento fiscal de sobreseimiento, dictará auto de sobreseimiento. Si no lo considera procedente, expedirá un auto elevando las actuaciones al fiscal superior para que ratifique o rectifique la solicitud del fiscal provincial. La resolución judicial debe expresar las razones en que funda su desacuerdo.

2. El fiscal superior se pronunciará en el plazo de diez días. Con su decisión culmina el trámite.

(...)”.

El contexto regulado en la normativa glossada, pone de manifiesto que, al igual que todo derecho y principio, el acusatorio no es absoluto. Tan es así que nuestro ordenamiento jurídico (en el sistema mixto o inquisitivo reformado y también el de corte acusatorio-adversarial

2 Cabe aclarar que, en sí misma, toda investigación es inquisitiva –lo que no puede confundirse con sistema inquisitivo– en tanto se dirige a la búsqueda de elementos de convicción, a averiguar el hecho delictivo y sus responsables–; y, conforme aclara Martín la invocación al principio acusatorio para justificar la atribución de la dirección del procedimiento preliminar al Ministerio Público, solo significa configurar la instrucción con una estructura más acusatoria, de forma que se suprimiera su incoación por el juez y que fueran las partes las que le solicitaran la adopción de las resoluciones propias de la instrucción reservadas al mismo –medidas cautelares, diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales, la apertura del juicio o el sobreseimiento–, y acreditarán sus presupuestos sobre la base de la investigación realizada por un sujeto no jurisdiccional –el Ministerio Público–. Con ello, apartando al juez de la iniciación del proceso y de las líneas y estrategia de investigación, se garantiza su imparcialidad a la hora de resolver sobre dichas solicitudes. En definitiva, insiste el autor, se reforzaría la caracterización de la instrucción como tase de acusación y dentro de ella el papel del fiscal como órgano relevante para la misma (2005: 361-364).

3 Acota González Durán que el nuevo proceso penal gráficamente presenta al juez en un estrado completamente imparcial y en actitud vigilante permanente del cumplimiento de legalidad, puesto que al ejercer el control jurisdiccional sobre el ejercicio de la investigación, asumen también la posesión de garante respecto de la constitucionalidad de los actos ejercitados por funcionarios de la policía y por la fiscalía y, durante la celebración del juicio, a más ajustar sus actos al marco estricto de la ley y ejercer sus funciones conforme a las competencias reservadas por el código deben actuar con independencia y solo sometidos a la constitución y la ley (2003:220).

del nuevo Código Procesal Penal), faculta a los jueces a someter un dictamen no acusatorio o un pedido de sobreseimiento a un **control jerárquico**. De esta forma, si el juez discrepa-se o no considerase procedente el pronunciamiento no acusatorio del fiscal, está facultado para recurrir en consulta ante el fiscal superior; lo cual es compatible a nuestro sistema penal militar policial, por cuanto estando a la ausencia de regulación de la precitada norma, se configura un vacío de esta; en tal sentido, debe aplicarse vía supletoria la norma procesal penal común.

La imparcialidad judicial frente a la facultad jurisdiccional de someter a un control jerárquico el requerimiento fiscal de sobreseimiento

La imparcialidad judicial importa la independencia respecto de las partes y del objeto del proceso que debe tener el juez al momento de resolver una causa. Es la ausencia de prejuicio, y, como tal, una garantía específica –de los justiciables– que integra el contenido esencial del derecho al debido proceso.

La imparcialidad es, a decir del Tribunal Constitucional –siguiendo a la doctrina española–, una de las características que el principio acusatorio imprime al proceso penal, por el cual, “no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad”.

Surge ahora una interrogante: hasta qué punto la facultad de los jueces de oponerse al dictamen no acusatorio del fiscal y forzar la revisión del requerimiento de sobreseimiento, puede afectar el juego de roles que sustenta el principio acusatorio, o hasta qué punto se puede mal utilizar esta facultad para que un juzgador se irrogue poderes de dirección material del proceso, hasta convertirse en un persecutor encubierto, y ser a quien más le interese la condena.

Ahora bien, una interpretación ajustada al principio acusatorio, y a todos los valores constitucionales que a este subyacen, conduce

a afirmar que la facultad que se concede al juez de discrepar con un dictamen no acusatorio –requerimiento de sobreseimiento–, y de recurrir al fiscal superior, no incluye –o no debe incluir– la atribución de un poder de dirección material del proceso; sino que debe ser ejercido de modo tal que no contenga ningún adelanto de juicio sobre el objeto del proceso, ni ninguna otra manifestación explícita ni implícita sobre la responsabilidad; porque de ser así, se saltaría a la orilla opuesta, produciéndose una mezcla o confusión de roles, atentatoria a los derechos del inculpado.

Los problemas en torno al contenido de la resolución discrepante que promueve el control jerárquico del dictamen no acusatorio

El quid del problema estriba en perfilar las características que debe contener la resolución judicial, mediante la cual el juez pone de manifiesto su disenso con lo resuelto por el fiscal y dispone la elevación de los actuados al fiscal superior.

Es necesario, por tanto, encontrar un punto de concordancia práctica. A tal efecto verificaremos las posibilidades que nos ofrece la normatividad vigente.

LA INDEBIDA MOTIVACIÓN DEL AUTO DE DISCREPANCIA

El extremo opuesto a una falta de motivación lo constituye una resolución extensamente motivada, en la que se analice y hasta valore los elementos de convicción actuados, por cuyo mérito el juez llegue a la conclusión de la existencia del delito y la responsabilidad del imputado, haciendo ver ante el fiscal superior que el fiscal de la instancia inferior se ha equivocado en no acusar.

Un pronunciamiento judicial con estas características en un momento procesal en el que no existe acusación, se convierte en atentatorio de los principios señalados y encarna todos los riesgos a los que hicimos referencia

líneas arriba (manifestación de prejuizgamiento y falta de imparcialidad, etc.).

En cuanto a la vulneración de la imparcialidad de los jueces militares policiales de la investigación preparatoria, al discrepar con el requerimiento fiscal de sobreseimiento, esto no tendría sustento ni asidero jurídico alguno en nuestro sistema penal militar policial, por cuanto los Jueces de la Investigación Preparatoria, no tienen la facultad de emitir fallo conforme a nuestra organización jurisdiccional militar policial, sustento para que pueda aplicarse supletoriamente la norma procesal penal común, ya que el principio de imparcialidad que rige al juez no se vería afectado.

Motivación del juez al dictar el auto de elevación ante el fiscal superior al estar disconforme con el requerimiento de sobreseimiento del fiscal de primera instancia

La **motivación** de los autos y sentencias constituye un elemento básico de la resolución judicial, de conformidad con las previsiones contenidas en nuestras **normas** legales. De ahí que es unánime la doctrina jurisprudencial de citar las sentencias del Tribunal Constitucional, que afirman que es evidente que **la motivación de las resoluciones judiciales encuentra su fundamento en la necesidad de dar una explicación al silogismo judicial lo suficientemente aclaratoria como para saber que la solución dada al caso es correcta.**

Propuesta para una motivación válida del auto de discrepancia

Nuestro Código Penal Militar Policial, del mismo modo que el nuevo Código Procesal Penal Común, haciendo gala de su espíritu garantista, al no considerar procedente el requerimiento de sobreseimiento del fiscal, debe **expedir un auto** elevando las actuaciones al fiscal superior para que ratifique o rectifique la solicitud del fiscal provincial. “La resolución judicial debe expresar las razones en que funda su desacuerdo”.

La cuestión es ahora ¿cómo motivar adecuadamente el auto en que un juez expone su desacuerdo con un requerimiento de sobreseimiento? ¿qué **razones expresar y cómo hacerlo?** de modo tal que no se afecte la imparcialidad del juez y se socave las bases del principio acusatorio.

Consideramos que para transitar a salvo por este campo minado, la exposición de razones que debe contener este auto deberá ser lo más breve, genérica y puntual posible. Es decir, se requiere que la motivación sea suficiente y debida, no se requiere ampulosidad, sino puntualidad y precisión en torno al asunto sobre el que se trate. Y siendo el asunto que nos ocupa, la **rectificación o ratificación** de un pronunciamiento no acusatorio sin afectar la distribución de roles que impone el principio acusatorio.

El supremo tribunal ha abierto esta posibilidad, a condición de que el dictamen no acusatorio contenga algunas deficiencias. Independientemente de las consideraciones que nos merezca esta decisión estimamos que las causales fijadas por él, resultan pertinentes y útiles para sustentar **válidamente** un auto de discrepancia al requerimiento fiscal de sobreseimiento.

Así, la elevación en consulta de un requerimiento fiscal de sobreseimiento será plenamente justificado:

- a. Cuando la decisión del fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido. Sucede por ejemplo cuando el dictamen de sobreseimiento no guarda relación con los hechos investigados ni las pruebas actuadas. Implica una suerte de “control de logicidad” del dictamen no acusatorio, esto es, la verificación de si el fiscal ha respetado las reglas de la lógica (principios de no contradicción, razón suficiente, etc.).
- b. El fiscal omite valorar irrazonablemente determinados actos de investigación.

- c. Cuando el fiscal no haya orientado la investigación hacia determinados hechos que fueron objeto de investigación y por consiguiente no se haya pronunciado sobre estos.

La invocación de estos supuestos ameritarán según el caso concreto, un nuevo pronunciamiento del fiscal. Cualquiera de estas razones para motivar un auto de discrepancia al requerimiento fiscal de sobreseimiento, nos libera de emitir juicios sobre el objeto del proceso y la responsabilidad del inculpado. De modo tal que la facultad de discrepancia y promoción del control jerárquico adquiere su verdadero sentido, esto es, **como acto jurisdiccional de saneamiento o control de un pronunciamiento fiscal**, cuyo propósito es que el fiscal superior **rectifique**, de ser el caso, un mal proceder del fiscal inferior, que eventualmente podrá implicar una orden de acusar (si hay mérito para acusar se tiene que acusar). Es esta –a nuestro entender– la única forma en la que se puede ejercer esta facultad, sin menoscabo de vulnerar el principio acusatorio.

Conclusiones

La facultad de los jueces militares policiales de discrepar con un requerimiento de sobreseimiento formulado por un fiscal y elevar el mismo a un fiscal superior para que este la ratifique o rectifique, se puede tornar en una prerrogativa riesgosa si no se hace un uso adecuado de esta. En el presente trabajo lo que se ha buscado es advertir estos riesgos y se proponen algunas medidas para conjurarlos.

El principio de supletoriedad debe ir de la mano con el procedimiento de integración que se liga para enfrentar un vacío legal; esto en virtud de conservar la coherencia y plenitud del sistema jurídico, claro está, siempre que no sea incompatible con la naturaleza de la materia.

El juez de la investigación preparatoria bajo el principio de legalidad y de eficiencia, a

fin de lograr igualdad de armas, puede emitir un auto elevando las actuaciones al fiscal superior para que ratifique o rectifique la solicitud del fiscal de primera instancia. La resolución judicial debe expresar las razones en que funda su desacuerdo, es decir, debe ser motivada.

El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión, y de controlar la aplicación del derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales, y tiene como fin permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables.

Bibliografía

- ASENCIA MELLADO, José María. *Introducción al derecho procesal penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- . *Derecho procesal penal, 3ra Edición*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho enal*. Parte general. ARA Editores, Lima, 2004.
- . *La posición del fiscal en la investigación penal*. En: *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, AA.W. Ed. Thomson & Aranzadi, Navarra, 2005.
- BUJPSA VADELL, Lorenzo M. *Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español*. Revista Internacional al Derecho contemporáneo, N° 9, Octubre – Diciembre 2004, Bogotá.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo Código Procesal: ¿Revolución penal?* Justicia Viva, Lima, 2004.
- FUENTES SORIANO, Olga. *El modelo acusatorio y el Ministerio Público*. En: *El Nuevo Proceso Penal*. Estudios Fundamentales (CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DÍAZ, Yolanda; QUISPE FARFÁN, Fany Soledad - Coordinadores), Ed. Palestra, Lima, 2005.

CÓDIGO DE ÉTICA DEL MAGISTRADO MILITAR POLICIAL

(Aprobado mediante Resolución Administrativa N° 129-009-TSMP/SG de fecha 02 de noviembre de 2009)

*General de Brigada EP (r) Roger Araujo Calderón**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

181

Así como los diversos órganos que administran justicia en el Perú, la justicia militar no puede estar ajena a la expectativa y opinión pública que busca siempre enfatizar las acciones éticas y morales de sus magistrados; y, aunque estos hechos no constituyan delito por su naturaleza deontológica, se hace necesario normar la conducta del magistrado militar policial, cuya función debe ser superior al estándar común, de tal manera que al ejercer sus actividades tenga la suficiente autoridad para ejercer la judicatura. De acuerdo a esta premisa, en muchos países la condición de juez es una honra antes que una especialidad u oficio.

En tal entendido que las leyes y la justicia tienen más eficacia, no solo por el texto mismo de la norma o la interpretación que se haga de ellas, sino por la calidad de magistrados, conforme se puede apreciar en todos aquellos tribunales que exhiben una larga tradición sobre la moralidad de sus jueces, la sapiencia de su profesión y la conducta elevada de sus valores y equidad de sus decisiones.

En nuestro país es urgente la calidad profesional, humana y axiológica de quienes administran justicia, de manera que en nuestra realidad no haya exceso de leyes, sino solo las necesarias, bien aplicadas y mejor cumplidas.

* Vocal supremo (T) ante la Vocalía Suprema del FMP.

Dentro de la formación axiológica, en la justicia militar policial hay una larga trayectoria sobre el comportamiento de sus jueces y oficiales, conforme lo atestigua la existencia de las cortes de honor que permitía a los oficiales y magistrados comportarse adecuadamente en el cumplimiento de sus deberes y ejercicio funcional.

La administración de justicia militar policial en el Perú, debe estar acorde a los más altos principios de la vida civil, militar y judicial porque el juez vela por el orden y la seguridad dentro de las fuerzas armadas y Policía Nacional, con base en la integridad e independencia del sistema de justicia peruano. En tal sentido, la ética judicial militar policial exige, además de trabajo y honradez, el conocimiento, porque cuando se administra justicia se debe hacer con “ciencia y conciencia”, de modo que la ciencia no puede ser neutra y debe ponerse, por tanto, al servicio de los valores que orientan su altísimo deber. El temple moral de los magistrados militares policiales exige respeto a los derechos fundamentales, con sujeción a la constitución y leyes de la República, aparte de los deberes de compostura, decoro del vestir, hablar y corrección que se tienen frente a todos, dentro del fuero militar policial y en la vida pública e incluso privada.

Artículo I. Objeto.-

El Código de Ética del Magistrado Militar Policial tiene por objeto establecer el conjunto de normas y principios morales, que orienten el desempeño funcional y la conducta personal de los señores operadores jurisdiccionales y fiscales que prestan servicios en el fuero militar policial, sea cual fuere su grado, competencia o jerarquía, en concordancia con los elevados fines institucionales.

Artículo II. Finalidad.-

El Código de Ética del Magistrado Militar Policial tiene una finalidad preventiva, evaluativa, orientadora y de formación frente a los dilemas jurídicos, humanos y morales que se

presentan, tanto en el desempeño funcional institucional, familiar y social.

Artículo III. Deber de los magistrados.-

Es deber de los magistrados del fuero militar policial el ejercitar sus funciones y atribuciones con lealtad, ponderación, probidad, imparcialidad, independencia, razonabilidad y honor, en defensa de la legalidad e intereses constitucionales del Estado, la nación y de las fuerzas armadas y Policía Nacional; velando siempre por la justicia como supremo valor de la paz y convivencia social.

Artículo IV. Normas éticas.-

Las normas éticas son el imperativo categórico, mediante el cual orientan el comportamiento del magistrado militar policial, ya sea en el ejercicio funcional, así como también en su desempeño como oficial dentro o fuera de las instalaciones militares y/o policiales.

Artículo V. Acciones funcionales.-

Las acciones funcionales del magistrado militar policial deben ser de manifiesta honestidad y responsabilidad, proyectando una imagen de incorruptibilidad y seriedad a fin de mantener el reconocimiento institucional y nacional del fuero militar policial.

Artículo VI. Formación Jurídica castrense.-

Los magistrados militares policiales deben poseer una sólida formación jurídica castrense, capacitándose constante y permanentemente en ambos campos, tanto en el aspecto teórico, así como en el práctico, de tal manera que la condición de juez o fiscal se traduzca en un inherente a su personalidad e identificable por la prestancia de sus actos.

Artículo VII. Resoluciones justas.-

Los magistrados militares policiales deben hacer justicia, teniendo en cuenta la jerarquía

de las normas jurídicas, emitiendo resoluciones debidamente motivadas, sencillas, de fácil entendimiento, sin hacer uso de citas innecesarias o exhibiendo una falsa ciencia o retórica propia de fallos con poco o ningún contenido justo y jurídico.

Artículo VIII. Reserva y ecuanimidad.-

Durante el desarrollo de una investigación o juzgamiento, los magistrados militares policiales deberán prescindir hacer declaraciones públicas sobre su labor, así como evitar ventilar sus investigaciones por cualquier medio social o militar policial, o presumir de poder, influencia o buscar connotación social militar policial o adquirir prestigio o cualquier otra ventaja reñida con la función judicial.

Artículo IX. Conducta ejemplar.-

Las relaciones personales y funcionales entre los magistrados militares policiales deben ser ejemplares y disciplinadas; y de estos con los auxiliares, sujetos a los principios de respeto, consideración y colaboración, sin descuidar la jerarquía y principio de autoridad en la conducción de sus despachos. La excesiva familiarización resta eficiencia a la función.

Artículo X. Exclusividad de función.-

El magistrado militar policial deberá realizar exclusivamente su función jurisdiccional o fiscal dentro del Fuero Militar Policial, evitando otros encargos que pudiesen entorpecer su eficiente y eficaz desempeño dentro del Fuero Militar Policial, haciendo respetar siempre su autonomía funcional, lo que no limita o imposibilita de participar en las actividades institucionales, de perfeccionamiento y proyección a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Artículo XI. Comportamiento.-

Las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y la Nación entera, requieren de sus magistrados militares policiales, un comportamiento de excelencia en todos los ámbitos de su vida. Por lo

tanto, es posible exigirles en sus actos públicos y privados un buen comportamiento, compatible con su situación de juez o fiscal, con la finalidad de que contribuyan a crear, mantener y acrecentar la confianza institucional y del país en el Fuero Militar Policial.

Artículo XII. Conocimiento y criterio amplio y sincero.-

El magistrado militar policial debe ser expresión del conocimiento de su tiempo, enterado no sólo de asuntos de su especialidad, sino de la realidad económica, política, militar y social del país. Este conocimiento total permitirá administrar justicia individualizando las normas de manera integral a los casos sub júdice.

Artículo XIII. Formación profesional.-

El magistrado militar policial debe aspirar y fortalecer, en forma continua y simultánea, su formación humanista, axiológica y jurídica, porque toda decisión es el resultado de esta armónica integración que emana espontáneamente y lo protege de todo abuso o decisión ignorante, arrogante, fruto del perjuicio y perjuicio, propia del juez limitado en el saber.

Artículo XIV. Delito militar policial.-

Todo juez o fiscal militar debe comprender que el delito penal militar policial es peculiar y responde a la necesidad del valor jurídico disciplinario sin el cual no hay ejército, ni formación policial que pueda cumplir sus fines constitucionales.

Artículo XV. Celeridad y oportunidad.-

Los bienes jurídicos tutelados por el fuero militar policial exigen del magistrado militar policial celeridad en sus decisiones, porque la gravedad de ellos varía con el tiempo o estado de paz, conflicto o fuerza. Debe tener presente que su represión oportuna impide un desastre o grave alteración del servicio difícil o imposible de reparar.

Artículo XVI. Fe militar.-

El juez militar preserva la fe, entusiasmo de soldado o policía en cumplimiento de sus deberes, porque sabe que las decisiones judiciales comprenden las exigencias, sacrificios, apremios al cual está sometido el militar o policía y que solo puede percibir quien conoce el rigor de la disciplina y la intensidad de las decisiones de una operación militar o policial, donde está de por medio la vida.

Artículo XVII. Infracciones.-

La trasgresión o infracción de cualquiera de las normas previstas en este código constituye falta contra la ética, quienes la cometan serán sancionados moralmente ante la institución, con conocimiento de las fuerzas armadas y Policía Nacional; sin perjuicio de las responsabilidades reguladas por las disposiciones administrativas, civiles y/o penales.

Artículo XVIII. Obligación de informar.-

Todo militar, policía o servidor público que tenga conocimiento de cualquier acto contrario a lo normado por el presente código, tiene la obligación de informar al Tribunal Supremo Militar Policial, para la gestión del respectivo proceso, bajo responsabilidad.

Artículo XIX. Comisión de ética.-

Para la interpretación y aplicación de este código de ética, la sala plena nombrará a los integrantes de la comisión de ética, la que será en instancia única la encargada de vigilar el cumplimiento del presente código, de acuerdo a las reglas usuales del buen juez y el sentido común, sin necesidad de estipular otra motivación que los hechos y su lesividad al sentir de un buen militar y/o policía. Debe evitarse cualquier trámite engorroso o destinado a deshonorar antes que preservar los valores morales, motivo de la denuncia.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en Febrero del 2015 en

IMAGIDEAS.COM de Milagros Morales

RUC: 20524409471

Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre

Teléfono: (511) 2613558 / Cel. 987848007

E-mail: mmorales@imagideas.com.pe



“El cultivo del conocimiento y desarrollo jurídico es de alta prioridad en nuestra institución, por ello hemos convertido al Centro de Altos Estudios de Justicia Militar en un núcleo de investigación, análisis y producción de conocimiento nuevo sobre la materia”.

*Gral. Brig. EP (R) Hugo Pow Sang Sotelo
Presidente del Fuero Militar Policial*



*Ver / descargar la
publicación en línea*

*Fuero Militar Policial:
Av. Arenales N° 321 - Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747 / Lima - Perú
www.fmp.gob.pe*