

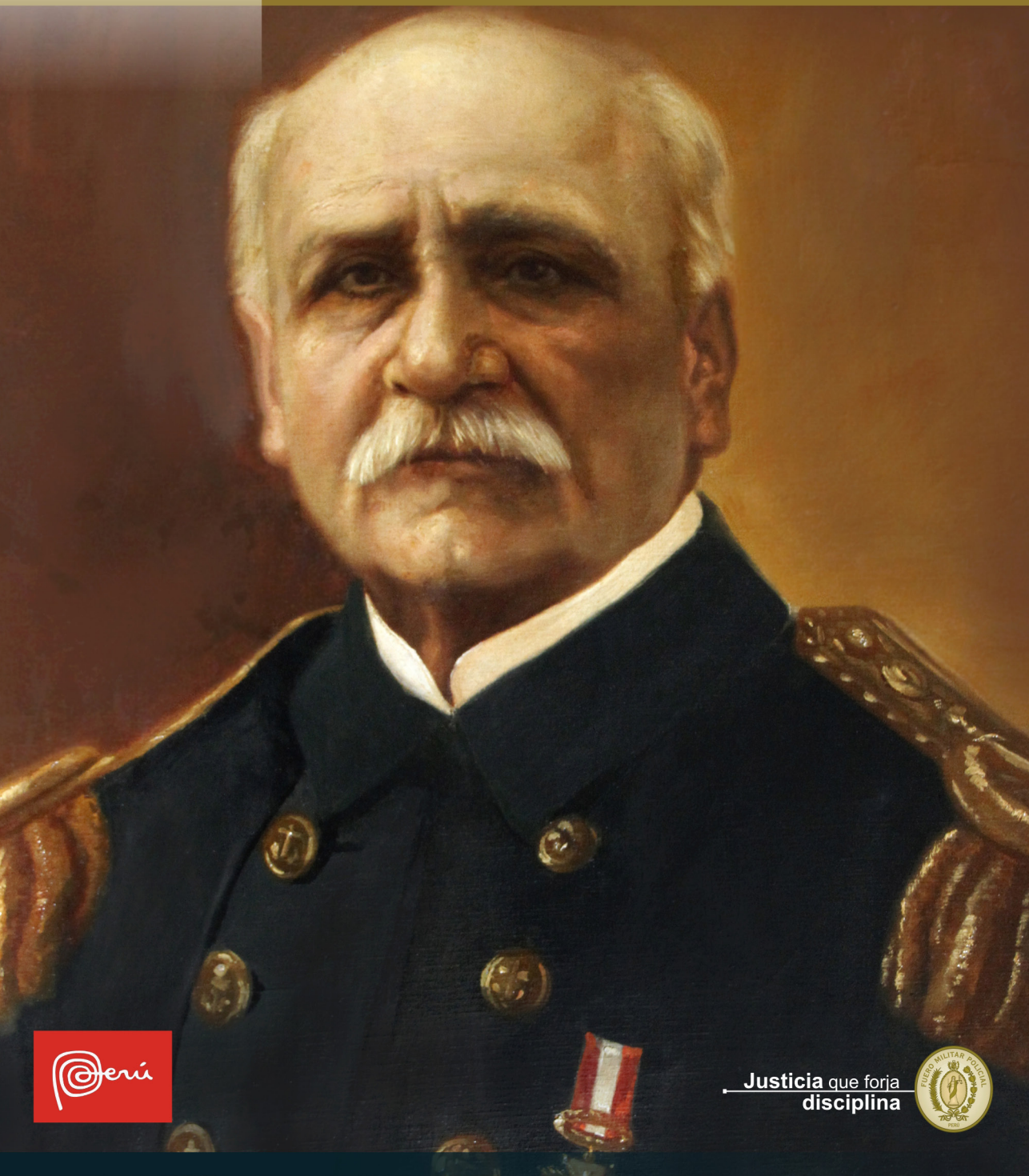


CAEJM

Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO III - NÚMERO 3 / AGOSTO 2014



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

PRESIDENTE DEL COMITÉ EDITORIAL Y DIRECTOR ACADÉMICO DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

General de Brigada EP (R) Samuel Enrique Gamero Ramírez

Comité Editorial

General de Brigada EP (R) Samuel Enrique Gamero Ramírez

Coronel EP Aníbal Villavicencio Villafuerte

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Comandante CJ PNP Juan Carlos Monroy Meza

Licenciado Floiro Tarazona Ramírez

Técnico Primero AP Luis Urbina Huapaya

Diagramación

Socorro Gamboa García

Diseño de portada

Nicol Huamanchumo Farfán

Fotografía de portada

Randy Velásquez Fermín

Corrección de estilo

Alex Ortiz Alcántara

Colaboraron en esta edición

General PNP (R) Jorge López Zapata

Técnico 1ra. EP Darío Castillo Román

Técnico 2da. EP Wilber Aruhuanca Ccama

Abogada Mirella Oré Quispe

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

Edición agosto 2014
Año 3 - Número 3
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2014-

Editado por:
FUERO MILITAR POLICIAL
Av. Arenales 321, Santa Beatriz, Lima Cercado
Telf.: (511) 6144747
E-mail: caejmp@fmp.gob.pe

Impreso en Forma e Imagen
de Billy Víctor Odiaga Franco
Av. Arequipa 4558 - 4550, Miraflores, Lima

Tiraje: 1000 ejemplares

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

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	
<i>Juan Pablo Ramos Espinoza</i>	9
PALABRAS DEL DIRECTOR	
<i>Julio Enrique Pacheco Gaige</i>	13
 Artículos	
UNA EXPERIENCIA EN LA DEFENSA EN UNA CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE EL FUERO MILITAR POLICIAL Y EL FUERO COMÚN	
<i>Hernán Ponce Monge</i>	19
¿PUEDE LA PARTE CIVIL CONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL DEMANDAR OTRA VEZ EN UN PROCESO CIVIL?	
Análisis de la Casación N° 1221-2010	
<i>Víctor Jimmy Arbulú Martínez</i>	25
CARACTERÍSTICAS, ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY	
<i>Marta Iturvide Contich</i>	35
LA JUSTICIA MILITAR DE LA UNIÓN (JMU) Y EL SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM) DE BRASIL	
<i>Raymundo Nonato de Cerqueira Filho</i>	41
LA GUERRA INVISIBLE	
Los derechos humanos como arma de guerra y lucrativo negocio	
<i>Luis Fernando Puentes Torres</i>	49
FUNCIÓN DE LA PENA MILITAR POLICIAL	
La prevención general como criterio de exclusión de la condena condicional	
<i>Arturo Antonio Giles Ferrer / Félix Ampuero Begazo</i>	61
EL DELITO DE FUNCIÓN COMO RIESGO	
<i>Roger Araujo Calderón</i>	83

APROXIMACIÓN A UNA NOCIÓN DE DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL EN EL PERÚ <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i>	91
EL PLAZO PARA LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL <i>Alexander Solórzano Maguiña</i>	97
EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y LA INCORPORACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENA EFECTIVA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL Sin perjuicio de la interposición de recurso de apelación <i>Carlos Schiaffino Cherre / Luis Jiménez Ames / Carlos Castañeda Lavini / Miguel Cárdenas Pomareda</i>	107
APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL ANTE EL DESACUERDO JUDICIAL CON EL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO FISCAL <i>Juan Carlos Monroy Meza</i>	127
LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS POR DELITO DE FUNCIÓN <i>Jorge Carlos Jara Lira / Víctor Cárdenas Reynaga / Edgar Joao Alejo Jesús</i>	143
ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA DECLARAR LA COMPLEJIDAD DE UN PROCESO <i>Patricia María Hau Camoretti / Emilio Augusto Peña Silva / Ivone Roxana Bastidas Taype</i>	153
LA CONDENA EN “AUSENCIA” O, la lectura de sentencia del acusado o procesado ausente <i>José Castro Eguavil</i>	163
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i>	173

Historia

BIOGRAFÍA DEL VICEALMIRANTE MANUEL ANTONIO VILLAVISENCIO FREYRE	189
DOCTOR ALFREDO GASTÓN Y UGALDE, UNA VIDA AL SERVICIO DE LA PATRIA Y DE LA JUSTICIA MILITAR	195

PRESENTACIÓN

El Derecho es una ciencia, y tratándose del Derecho Militar, constituye una ciencia especializada que estudia y establece las normas y disposiciones que regulan la organización, funciones y operatividad de las instituciones armadas para el cumplimiento de sus elevados fines: el mantenimiento del orden, la seguridad interna y la defensa de la soberanía (artículos 165 y 166 de la Constitución Política del Perú). En dicho universo, la justicia militar policial es la jurisdicción competente establecida en la Constitución peruana para investigar, juzgar y sancionar a quienes vistiendo el uniforme de la patria, y habiéndole jurado lealtad, infringen las normas del Código Penal Militar Policial.

Ciertamente, ya superados los momentos más álgidos de la lucha contra el terrorismo, en la cual nuestras Fuerzas Armadas y Policiales demostraron gran heroísmo y capacidad de acción, la institución del Fuero Militar Policial (ex-Consejo Supremo de Justicia Militar) viene experimentando un proceso de reforma y transformación modernizadora que lo fortalece y lo restituye en su misión de garantizar el orden, la disciplina y el desempeño ético de militares y policías peruanos en toda la República.

El Derecho Militar –que, como hemos dicho, es una rama de la ciencia del Derecho– se constituye en una disciplina dinámica que no se ha quedado anclada en el tiempo, y existe en nuestro país una nueva generación de investigadores, tanto militares como civiles, que están desarrollando importantes estudios y acuciosos análisis de su sistema

doctrinario y legal, impulsados por una gran ola revitalizadora que se nutre del nuevo conocimiento y la práctica, de cara a los retos que enfrenta la justicia militar, totalmente modernizada conforme a las corrientes y técnicas imperantes en la actualidad.

Fuente inspiradora de los tópicos tratados es la realidad diaria y la jurisprudencia que se viene sembrando alrededor de los casos que la justicia militar tiene que conocer con el nuevo Código Penal Militar Policial, pues, valgan verdades, está demostrando ser un instrumento moderno, amplio y eficiente, aunque como toda norma humana es perfectible en distintos aspectos a que se contrae su contenido.

Entre la gama de los contenidos y artículos que comprende es importante destacar aquella temática que permite ver la fortaleza y el nuevo posicionamiento de nuestro sistema. Por ejemplo, en el primer tema de esta edición se analiza y expone un caso emblemático de contienda de competencia en el cual la Corte Suprema dirime indubitadamente a favor del Fuero Militar Policial, un importante análisis que con seguridad dará luces a futuras situaciones y generará mayor concordancia con el fuero común. Así también se presentan otros importantes tópicos como “El delito de función como riesgo”, que pone sobre el tapete la exposición de los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional a situaciones extremas en el escenario de combate o en contextos que exigen la acción y toma de decisiones con alto riesgo para la vida y la seguridad de civiles y del propio agente del orden, lo que necesariamente conlleva a un estudio interdisciplinario del delito de función.

El lector, tanto el especialista como el investigador, encontrará en este número otros artículos de contenido jurídico como “El plazo para la investigación preliminar en el Código Penal Militar Policial”, “La condena en ‘ausencia’ o la lectura de sentencia del acusado o procesado ausente” y “Análisis comparativo entre el procedimiento establecido en el Código Penal Militar Policial y el Código Procesal Penal para declarar la complejidad de un proceso”.

Mención aparte merece la contribución de los colaboradores extranjeros que nos permite acceder a una visión global sobre el desarrollo de la justicia militar en algunos países vecinos. Dos importantes artículos nos presentan grandes similitudes con nuestra realidad en cuanto al origen y construcción de los sistemas de justicia militar de Brasil y la batalla jurídica por conservar la vigencia y trabajar en la modernización de la justicia militar en el hermano país del Uruguay.

Finalmente, es de lectura indispensable el análisis político de un gran estudioso colombiano y hombre experimentado en estas bregas como

el Brigadier General (RA) Luis Fernando Puentes Torres, quien en su artículo “La guerra invisible” plantea de manera cruda y realista la naturaleza de la guerra jurídica y judicial que se deriva del enfrentamiento entre las Fuerzas Armadas y las huestes del terrorismo, donde los derechos humanos son utilizados como arma de guerra y lucrativo negocio que favorece a los enemigos de la sociedad, que se encubren en asociaciones y entidades de diversa índole con el objeto de subvertir el orden en las fuerzas que están obligadas a mantenerlo.

Por ello, considero un privilegio hacer la presentación del tercer número de *El jurista del Fuero Militar Policial*, que presenta, al igual que en los números anteriores, una amplia temática, llamando la atención sobre nuevos enfoques con un tratamiento académico y una conexión práctica que busca traducirse en nuevos criterios para orientar la acción de los operadores de la justicia militar y, por supuesto, también materializarse en propuestas innovadoras para optimizar la legislación vigente, que esperamos sea del agrado de nuestros importantes lectores.

A su vez, esta presentación, para solicitar su colaboración mediante artículos relacionados con temas de justicia militar que consideren importantes o polémicos y que puedan enriquecer el contenido de nuestros próximos números. Muchas gracias.

Juan Pablo Ramos Espinoza
General de Brigada EP (R)
Presidente del Fuero Militar Policial

PALABRAS DEL DIRECTOR

Desde hace dieciocho años, el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM) viene desarrollando una labor tendiente a la formación y capacitación del personal que trabaja en la jurisdicción militar policial. Esta labor ha recibido el constante apoyo de las más altas autoridades de este Fuero, ya que no es entendible la administración de justicia divorciada del conocimiento. Este empeño viene dando sus frutos, especialmente en los últimos años, pues con la entrada en vigencia del nuevo proceso penal militar policial acusatorio se ha modificado el programa de enseñanza para adecuar y actualizar el conocimiento de los magistrados y del personal que coadyuva a la administración de justicia.

Esta revista, en su tercer año de publicación, es un reflejo de esta etapa de trabajo del CAEJM , que se engarza dentro de una nueva organización del Fuero Militar Policial peruano, que ha sido ampliamente aceptada por otras organizaciones nacionales e internacionales.

Aprovecho también esta oportunidad para resaltar la presencia de Oficiales Generales y Almirantes del Cuerpo Jurídico Militar Policial en situación de retiro, en las máximas instancias jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar, como garantía de una administración de justicia eficiente, imparcial y autónoma. Ni los detractores del sistema de justicia militar pueden cuestionar este nuevo sistema que, además, va siendo analizado por otros países como una alternativa positiva y viable a sus

cuestionamientos internos sobre la validez de sus procedimientos y normas de justicia militar.

Confiamos poder cerrar un ciclo de algunos enfrentamientos con ciertas ONG, cuando el Tribunal Constitucional defina la acción de inconstitucionalidad planteada contra determinados artículos del Código Penal Militar Policial y, especialmente, contra la capacidad de la justicia militar de juzgar delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. Cada día es más claro que la justicia militar policial peruana, al regirse por mayores estándares de autonomía, independencia e imparcialidad, tiene el aval de las organizaciones internacionales para poder juzgar los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario.

Finalmente, saludo y agradezco a nuestros colaboradores nacionales e internacionales por su invalorable apoyo al proporcionarnos artículos de importante nivel académico y ratifico el compromiso del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar para seguir realizando los esfuerzos necesarios en procura de que los magistrados y el personal que apoya su trabajo pueda realizarlo con profesionalismo e infundidos de la sobriedad y entrega de los miembros de nuestras gloriosas Fuerzas Armadas y Policía Nacional, en beneficio de contribuir al mantenimiento de la disciplina en las instituciones tutelares del país.

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

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

UNA EXPERIENCIA EN LA DEFENSA EN UNA CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE EL FUERO MILITAR POLICIAL Y EL FUERO COMÚN

Contralmirante CJ (r) Hernán Ponce Monge¹

Desde los más antiguos tiempos de la civilización, y a lo largo de la historia, han existido conflictos entre individuos, familias y grupos. Los hay ahora y los habrá siempre, por diversas causas. En cada época, las sociedades han aplicado diferentes sistemas de solución de conflictos. Sus formas históricas son la autodefensa, la autocomposición y la jurisdiccional. El maestro argentino Hugo Alsina sostiene que “el Estado no se limita a establecer el derecho, sino que garantiza su cumplimiento y este es el contenido de la función jurisdiccional”; esta última es la capacidad de impartir justicia, a diferencia de la competencia que es el poder para atribuirse el conocimiento de un caso.

La competencia penal es un presupuesto de validez de la relación jurídica procesal penal y debe mantenerse firme e inalterable una vez consentida o establecida; este principio, proviene del Derecho Romano, se denomina *perpetuatio jurisdictionis*.

Las reglas que norman la competencia son garantía constitucional del juez natural; es el juez predeterminado por la ley, entendida como el reconocimiento del derecho de la tutela jurisdiccional efectiva. Ya el reconocido jurista italiano Francesco Carnelutti en su obra *Instituciones del Proceso Civil*, afirmó que la competencia “tiene que ver con el modo de ser del litigio”.

1 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.

Al respecto, existiendo un conflicto de competencias por los mismos hechos entre el juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y el juez del Décimo Noveno Juzgado Militar Policial del Tribunal Superior Militar Policial del Sur N° 19 - Arequipa, se realizó la audiencia para los informes orales, dirimiendo la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a los antecedentes siguientes.

HECHOS

En el presente caso, el Técnico 2° SGC-Armada Peruana José Alberto Becerra López el día lunes 20 de mayo de 2013 se encontraba de servicio cumpliendo funciones de Jefe de Servicio de Guardia en las instalaciones de la Comandancia de la Tercera Zona Naval en Arequipa.

A las 02.15 horas, en la madrugada del citado día, sustrajo nueve aros de camioneta y una caja conteniendo doce chumaceras, por el monto de US\$ 810 dólares americanos, de las instalaciones de la Tercera Zona Naval.

En la sustracción participaron el chofer de guardia OM2 AP Julio Baylón Cariapaza Tomaya y el OM3 AP Raúl Fidel López Ruiz OM, de guardia en la prevención. Es decir, militares en situación de actividad y haciendo su servicio de guardia sustrajeron objetos de importancia para la operatividad naval, afectando bienes jurídicos institucionales.

Dichos bienes sustraídos de una instalación militar, al ser necesarios para la operatividad de los medios terrestres, afectaron el cumplimiento de la misión constitucional de las Fuerzas Armadas, con el agravante de abandonar su servicio de guardia, al estar cubriendo el cargo de Jefe de Servicio como más antiguo en las instalaciones; sustrajo bienes de propiedad de la Marina, necesarios para la administración de sus fines

institucionales y utiliza al OM chofer para transportarlos en la camioneta oficial y entregarlos a un civil fuera de las instalaciones, en la avenida José Olaya, en el distrito de Cerro Colorado. Finalmente, hace que el OM3 AP Raúl Fidel López Ruiz, OM de guardia en la prevención, no anotara en el cuaderno de novedades la salida del vehículo.

PROCEDIMIENTOS PARALELOS EN EL FUERO MILITAR Y EN EL FUERO COMÚN

El día 27 de agosto de 2013, en mi calidad de Presidente de la Fiscalía Suprema Militar Policial, y al amparo del inciso 6, del artículo 62 del Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, que faculta a defender la competencia y jurisdicción del Fuero Militar Policial, hice uso de la palabra ante la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, integrada por los Jueces Supremos de la República señores doctores Josué Pariona Pastrana, Elvia Barrios Alvarado, Janet Tello Gilardi, José Antonio Neyra Flores y Segundo Baltazar Morales Parraguez, con la finalidad de defender los derechos e intereses del Fuero Militar Policial, conjuntamente con el señor Teniente Coronel SJE Raúl Santana Bravo, Procurador Público del Fuero Militar Policial, para que se dirima la Contienda de Competencia N° 08-2013, Arequipa, declarada entre el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y el Juez del Décimo Noveno Juzgado Militar Policial - Tribunal Superior Militar Policial del Sur.

FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA FISCALÍA MILITAR POLICIAL

La Constitución Política del Perú en su artículo 173, *ad literam* expresa: “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están

sometidos al Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar”.

El Fuero Militar Policial es competente para juzgar hechos que constituyen delito de función militar policial conforme está regulado en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N° 1094), que a la letra dice: “El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional”, concordante con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0017-2003-AI/TC del 16 de marzo de 2003; y tiene que existir una **triple identidad: el sujeto activo, el contexto del acto del servicio y el bien jurídico tutelado**.

Sujeto activo:

Cometido por un militar o policía en situación de actividad.

En el presente caso, los acusados Técnico Segundo AP José Alberto Becerra López, Oficial de Mar Segundo Julio Baylón Cariapaza Tomaya y Oficial de Mar Tercero Raúl Fidel López Ruiz se encontraban en situación militar de actividad.

Contexto:

En acto del servicio o con ocasión de él.

El día de los hechos, lunes 20 de mayo de 2013, a 02.15 horas, en la madrugada, los tres acusados se encontraban cumpliendo servicio de guardia en las instalaciones de la Comandancia de la Tercera Zona Naval - Arequipa.

El **T2 AP Becerra** cumplía la función de Técnico de Guardia de la citada Comandancia, responsable de la toma de decisiones;

el OM2 Cariapaza se desempeñaba como chofer de guardia, encargado de la movilidad oficial y **el OM3 López** se encontraba de servicio de guardia en la prevención, puerta de ingreso. Han infringido un deber, que es el servicio de guardia, sustrayendo bienes de propiedad de la Marina y afectando al cumplimiento de la misión constitucional de las Fuerzas Armadas, así como a la seguridad de las instalaciones navales y principalmente afectando a la disciplina militar.

El hecho reviste gravedad, la coerción penal militar responde porque el agente activo, personal naval, estaba en actividad, realizando su guardia, sustrae bienes de propiedad del Ministerio de Defensa - Marina de Guerra del Perú, los que constituyen elementos indispensables para la operatividad de los medios de transporte terrestre, afectando la misión constitucional, abandona su guardia, utiliza la camioneta del servicio, ordena al OM chofer que lo lleve y al OM de guardia que no anote la salida de la camioneta, por lo que no solo transgrede un bien jurídico.

Además, vulnera un **deber militar** u obligación en su condición de militar, al violentar su **juramento de honor** de respetar la Constitución Política del Perú, las leyes de la República y los reglamentos de su institución, agravando el hecho, como lo señalan Zaffaroni y Cavallero en *Derecho Penal Militar*. Independiente del principio de especialidad, y ante la concurrencia de una norma especial y otra general, es aplicable la especial, le da sustantividad propia, como fue en el caso Ariza Mendoza, en el delito de traición a la patria (Contienda N° 37-2009, Res. 08/02/2010).

Bien jurídico tutelado:

Atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

En el caso sub materia, los bienes jurídicos tutelados que han sido vulnerados y que son materia del proceso en el Fuero Militar Policial son:

- Bienes destinados al servicio militar policial, vinculados a:
 - La operatividad de la Marina de Guerra.
 - Delito de hurto de material destinado al servicio (artículo 135 del Código Penal Militar Policial).
 - Delito de afectación de material destinado a la defensa nacional (artículo 133 del Código Penal Militar Policial).
 Ambos delitos en agravio del Estado - Marina de Guerra del Perú.
- Servicio de seguridad, vinculado a las funciones de la Marina de Guerra.
 - Delito de abandono de puesto de vigilancia (artículo 100 del Código Penal Militar Policial).
- Disciplina - Integridad institucional, vinculado a la existencia de la Marina de Guerra.

- Delito de desobediencia (artículo 117 del Código Penal Militar Policial).

RESULTADO

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante sentencia del 27 de agosto de 2013, en la contienda de competencia N° 08-2013-Arequipa, dirimió a favor del Fuero Militar Policial, al concurrir los tres factores que definen el delito de función: la condición de militar en actividad del imputado, bien jurídico institucional (sustracción de bienes del ámbito castrense) y con ocasión del servicio, por lo que corresponde la competencia a la justicia militar. Dicha sentencia obra en el Manual de Actuaciones Fiscales y Formatos Técnicos del Fiscal Militar Policial.

La lección aprendida es que los operadores de la justicia militar policial deben siempre luchar con las armas de la ley para hacer respetar el Fuero Militar Policial.

“Justicia que forja disciplina, camino a la excelencia”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo II, 2da. edición, EDIAR, Buenos Aires, 1957.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. EJEI, Buenos Aires, 1959.
- CASTAÑEDA SÁNCHEZ, Miguel G. *Juicio oral. Manual de juzgamiento en procesos: común y ordinario conforme al nuevo Código Procesal Penal del 2004 y el Código antiguo*. Nazca Estudios Gráficos, Cusco, 2013.
- Constitución Política del Perú*. Edición Oficial 1998, Editora Perú.
- Código Penal*. Jurista Editores, Lima, 2012.
- Código Procesal Penal*. Ministerio de Justicia, Enotria, Lima, 2008.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo Proceso Penal peruano*. Palestra Editores, Lima, 2009.
- ETO CRUZ, Gerardo. *Constitución y Procesos Constitucionales*. ADRUS, Lima, 2013.
- Legislación del Fuero Militar Policial*. Tomo I, Tercera edición. "Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y Código Penal Militar Policial". Biblioteca Jurídica, Lima, 2011.
- Legislación del Fuero Militar Policial*. Tomo II "Manual de Actuaciones Fiscales y Formatos Técnicos del Fiscal Militar Policial". Biblioteca Jurídica, Lima, 2014.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Necesaria correlación entre teoría y práctica en el quehacer procesal*. Ediciones BLG, Trujillo, Perú, 2006.
- MONROY MEZA, Juan Carlos. "Contiendas de competencia entre el fuero común y el Fuero Militar Policial". *El Jurista del Fuero Militar Policial*, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, año N° 1, julio-diciembre 2012.
- NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. IDEMSA. Lima, 2010.
- PRESIDENCIA DE LA FISCALÍA SUPREMA MILITAR POLICIAL. *Guía Rápida para Fiscales Militares Policiales*, 2011.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Grijley, Lima, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CABALLERO ZAFFARONI, Josep y CAVALLERO, Ricardo Juan. *Derecho Penal Militar, Lineamientos de la Parte General*, Ediciones Jurídicas, Ariel, Buenos Aires, 1980.

¿PUEDE LA PARTE CIVIL CONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL DEMANDAR OTRA VEZ EN UN PROCESO CIVIL?

Análisis de la Casación N° 1221-2010

Víctor Jimmy Arbulú Martínez¹

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El resarcimiento de los daños causados por un ilícito penal puede ser demandado en la vía civil por quien fue parte civil en el proceso penal.

En la sentencia casatoria emitida por la Sala Civil Permanente en la Casación N° 1221-2010-Amazonas de Lima del 13 de marzo de 2012, se dice que sí es posible hacerlo, mientras nosotros sostenemos que no lo es porque afecta la cosa juzgada, que debe ser respetada por los jueces según la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 4).

CUESTIONES PREVIAS

Para analizar este caso tenemos que precisar que la aplicación de las instituciones del Derecho Civil correspondientes al daño, en el proceso penal se puede realizar sin ningún problema.

LA ACCIÓN CIVIL

La acción civil, que es acumulada a la pretensión penal, tiene su fundamento en la economía procesal e históricamente tuvo su origen en el Código Procesal Penal napoleónico.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Post Título en Derecho Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Juez Superior (p) de la Corte del Callao. Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Autor de los libros *Derecho Procesal Penal*, *Estudio Crítico de los Precedentes Vinculantes Penales de la Corte Suprema*, *Abuso Sexual en Agravio de Menores*, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal* y *Temas de Derecho Informático*.

La pretensión civil es la declaración de voluntad planteada ante el juez de tal forma que pueda establecerse una indemnización por los daños causados a los perjudicados por el delito.

Mientras que la acción penal nace forzosamente del derecho que se pretende violado, la civil es facultativa, ya que la parte ofendida puede o no promoverla y si bien en principio la acción civil pertenece al Derecho Privado y la penal al Público, cuando la civil nace del delito, también pertenece al Derecho Público, en cuyo caso hay entre ambas gran relación; tanto es así que puede acumularse a la **pena** y ser resuelta por el juez en lo criminal en la misma sentencia².

Gimeno Sendra plantea que esta acción tiene requisitos subjetivos que son los atinentes al órgano jurisdiccional y a las partes. Los que tienen legitimación activa son los perjudicados por el delito, esto es, quienes hayan sufrido menoscabo patrimonial³. Entre los requisitos objetivos, los tenemos por la fundamentación o *causa petendi*, o la petición o *petitum*. La fundamentación se sustenta en la existencia de un delito, falta o acto ilícito que haya producido una lesión al patrimonio del actor civil. Mientras tanto, la petición de la pretensión civil se rige bajo el principio dispositivo. El actor civil es el dueño de la interposición y de su renuncia.

El nuevo Código Procesal Penal (en adelante, NCPP) establece que, en principio, la acción civil derivada de hecho punible corresponde al Ministerio Público y al perjudicado por el delito. Si este se constituye en actor civil, automáticamente cesa la legitimación de la fiscalía para intervenir en el objeto civil del proceso, quedándose solo con la

pretensión penal, es decir con la solicitud de condena (artículo 11).

La parte legitimada puede realizar las acciones establecidas en el artículo 93 del Código Penal, esto es, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios. También, para garantizar la restitución, tiene la facultad de solicitar la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, con citación de los afectados.

El perjudicado tiene la posibilidad de ejercitar la acción civil en el mismo proceso penal o en el órgano jurisdiccional civil, pero una vez que ha optado por una de ellos, no podrá intervenir en el otro (artículo 12.1).

Si la persecución penal no pudiese proseguir por reserva del proceso o se suspendiese por alguna consideración legal, la acción civil, derivada del hecho punible, podrá ser ejercida ante el orden jurisdiccional civil. Pensemos en una cuestión prejudicial o de pronto, si es que el procesado se encuentra en calidad de ausente o contumaz. El perjudicado puede recurrir a la vía civil para accionar.

En la vía penal, si se ha declarado la absolución o el sobreseimiento, no necesariamente esto anula que los jueces se pronuncien sobre la responsabilidad civil (artículo 12.3 del NCPP). Esta regla es un importante avance para evitar que el afectado tenga que ir a la vía civil a efectos de reclamar la indemnización por los daños y perjuicios causados, por ello el razonamiento de la casación que el proceso penal solo es para sancionar y el proceso civil únicamente para indemnizar, sin contextualizar este último dentro del proceso penal, es errado.

2 LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. 2da edición. Depalma, 1993, Buenos Aires, p. 158.

3 GIMENO SENDRA, Vicente. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 76.

El juez penal podría declarar que se fije la indemnización si se prueba que objetivamente el procesado, ahora absuelto, es parte de la relación causal del daño. Por ejemplo, si el absuelto obró por error invencible de prohibición o de tipo.

Bajo el principio dispositivo se establece que el actor civil puede desistirse de su pretensión reparatoria hasta antes del inicio de la etapa intermedia y que esto no perjudica su derecho a ejercerlo en la vía civil (artículo 13 del NCPP). Podría interpretarse esta regla en el sentido de que si ya se constituyó en actor civil, pasada la etapa intermedia queda atado al proceso como tal. Nos parece que no se condice con la facultad de disposición que este tiene sobre su acción. Para efectos prácticos, un desistimiento en etapa intermedia no retornaría la legitimidad al Ministerio Público para la persecución, pues casi a destiempo tendría que presentar en su escrito de acusación el objeto civil y la prueba. Sería de responsabilidad del perjudicado desistido que el objeto civil no sea satisfecho correctamente en el proceso penal.

Como no es un tema simple el hecho de constituirse en actor civil y luego desistirse, se dispone que el juez fije las costas que deberá pagar el desistido (artículo 13.2 del NCPP).

En la línea de disponibilidad de la acción civil derivada del hecho punible, el NCPP incorpora la transacción. Si se ha llegado al acuerdo, la transacción será formalizada ante el juez. No se permite oposición del Ministerio Público y el fiscal se abstendrá de solicitar reparación civil en el escrito de acusación (artículo 14).

No se establece los requisitos para la formalización así es que podemos acudir al Código Procesal Civil (en adelante, CPC) que establece como formalidad en el artículo 335 lo siguiente:

“La transacción judicial debe ser realizada únicamente por las partes o quienes

en su nombre tengan facultad expresa para hacerlo. Se presenta por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo.

Si habiendo proceso abierto las partes transigen fuera de este, presentarán el documento que contiene la transacción legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo en el escrito en que la acompañan, requisito que no será necesario cuando la transacción conste en escritura pública o documento con firma legalizada”.

En caso de que el agraviado sea el Estado, de conformidad al artículo 336 del CPC, la transacción solo puede existir previa aprobación expresa de la autoridad o funcionario competente.

El juez de la investigación podrá aprobar la transacción. El NCPP no lo señala así como sí está previsto en el artículo 337 del CPC, cuando se homologa la transacción. En este caso, el juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres.

La esencia de la transacción consiste en las concesiones recíprocas que deben constar en acta. ¿Puede el juez penal controlar la legalidad de este acuerdo? El juez podría rechazarlo en ese extremo si se hubiese pactado.

EL ACTOR CIVIL

Es el sujeto procesal que dentro del proceso penal juega su rol accionario relacionado con el objeto de este, como causa de obligación, pero limitado al campo civil reparatorio e indemnizatorio. En el procedimiento penal de 1940 se le define como parte civil mientras en el NCPP, como actor civil.

En la jurisprudencia constitucional, Expediente N.º 0828-2005-HC/TC, Herminio

Porras Oroya, del 7 de julio de 2005, se define a la parte civil como el sujeto pasivo del delito; es decir, quien ha sufrido directamente el daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito.

Esa calidad de actor civil, como titular de la acción civil emergente del delito, se adquiere cuando este se presenta en el proceso penal para constituirse como tal. Para hacerlo, el titular debe ser persona capaz civilmente, por cuanto si no lo fuere, debe actuar con las representaciones que la ley civil impone para el ejercicio de las acciones civiles⁴.

Para Vásquez Rossi es el sujeto que interviene dentro de un procedimiento penal ya iniciado, promoviendo la acción civil de la que deriva y establece la relación procesal civil anexa a la penal. Su legitimación sustantiva deriva de la postulación de que, por causa de los hechos delictivos por los que se ha accionado penalmente y que dieron lugar al pertinente procedimiento, ha sufrido daños cuya reparación pretende⁵.

Según Núñez, es la persona física o jurídica que demanda en él la reparación del daño causado por el hecho que se le imputa a un tercero como delictuoso. El actor civil no es una parte en el aspecto penal del proceso, pero sí lo es en la demanda civil que se sustancia en él⁶. Es decir que se le concibe como un proceso civil dentro del proceso penal, definido por la naturaleza de la pretensión.

El NCPP establece que la acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, y que por la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito. (artículo 98) Se entiende tanto al agraviado directo como al indirecto.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se llega a una aproximación conceptual del Actor Civil quien es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es la persona que ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito o bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito.

Citando al procesalista San Martín Castro, se define al actor civil como la persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir quién directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito [Derecho Procesal Penal, 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 259]⁷.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 en principio se reconoce que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible

4 MORAS MON, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Abeledo y Perrot. Sexta edición Buenos Aires, 2004, p. 49.

5 VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal Culzoni Tomo II. Buenos Aires 1997, p. 98.

6 NÚÑEZ, Ricardo C. *La acción civil en proceso penal*. Editorial Córdoba. 2da Edición, Argentina, p. 103.

7 Acuerdo Plenario. N° 5-2011. Undécimo considerando.

corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Sin embargo si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso, tal como lo señala el artículo 11, apartado 1), del NCPP. La intervención del Ministerio Público será por sustitución al representar un interés privado y cesa cuando aparece el actor civil⁸.

El Pleno de jueces enfatiza que la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12, apartado 3), que prevé que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado, no necesariamente la jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito– no pueda ser calificado como infracción penal.

Si bien este razonamiento de los jueces supremos es válido por economía procesal, es de advertir que el juez solo debe pronunciarse si es que se acredita la relación causal entre el hecho juzgado y el resultado dañoso, y cuando en el ámbito reparativo haya existido una actividad probatoria desde el Ministerio Público o desde el actor civil, de tal forma que se tengan los elementos para poder establecer el monto de la reparación civil. Ahora, el escenario donde debe dilucidarse este tema sería en una audiencia, que si bien no está prevista expresamente en el NCPP, si ya se habilita

competencia para decidir sobre este aspecto, no veo inconveniente que se genere el contradictorio probatorio, en una audiencia adicional.

LA REPARACIÓN CIVIL

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se establece que con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aún cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el *quantum* indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones–, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del **principio de economía procesal**.

Citan a Gimeno Sendra, quien sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir, en un solo proceso tanto la pretensión penal como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil, produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil⁹.

El Pleno de jueces supremos indica que esta opción acumulativa ha sido seguida por el NCPP y responde a **un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos**. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con

8 Acuerdo Plenario N° 5-2011. Séptimo considerando.

9 GIMENO SENDRA, José. *Derecho Procesal Penal*. 2da Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257.

el menor desgaste posible de jurisdicción se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

EXAMEN DE LA CASACIÓN N° 1221-2010-AMAZONAS DEL 13 DE MARZO DE 2012

Antecedentes del recurso

Este fue un Recurso de casación interpuesto por Juana Zabarburi Mendoza contra la sentencia de vista dictada por la Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, que revoca la apelada que declaró fundada en parte la demanda de indemnización por daños y perjuicios y reformándola, declararon infundada dicha demanda, en los seguidos con la Municipalidad Provincial de Chachapoyas y otro.

reparación civil que por lo general contiene un monto irrisorio, y en lugar de significar una reparación del daño causado, ocasiona un perjuicio de índole moral por el poco valor otorgado a la integridad personal, salud física y mental del ser humano; en tal sentido, es perfectamente factible demandar en vía civil, pese a constituirse en parte civil en el proceso penal, por lo que no puede hablarse que una demanda de indemnización por daños y perjuicios derivada de responsabilidad extracontractual que tenga el mismo petitorio que un proceso penal, siendo que es el Ministerio Público quien formaliza la denuncia penal como titular del ejercicio público de la acción penal, siendo este quien solicita la reparación civil a favor de la víctima de acuerdo a su criterio, por tanto no existe petitorio idéntico y no se está ante una causal de improcedencia.

30

Los fundamentos de la casación

La Sala Suprema declaró procedente el recurso de casación por la causal prevista en el artículo 386 del CPC, modificado por Ley N° 29364, consistente en: 1. Infracción normativa procesal del inciso 3 del artículo 438 del CPC.

Los agravios propuestos por la parte demandante

El sustento del proceso penal tramitado por el delito de lesiones culposas, en su agravio, es diferente al proceso de indemnización, por tanto como parte agraviada se apersonó a dicho proceso penal constituyéndose en parte civil, aportando los medios probatorios a su alcance; **pero dicha actividad desplegada no significa un petitorio de indemnización por daños y perjuicios**, y menos que se esté pretendiendo una reparación civil en sede penal, **toda vez que está previsto en los procesos penales que la pena principal lleva aparejada una**

Parte considerativa de la sentencia

La Sala Suprema, en su tercer considerando, describe el caso señalando que la demandante Juana Zabarburi Mendoza concurre ante el órgano jurisdiccional solicitando la indemnización por responsabilidad civil extracontractual, a fin que los demandados: Municipalidad Provincial de Chachapoyas y Antonio Cruz Huamán Carrasco, le paguen, solidariamente, por los daños y perjuicios ocasionados a su persona, la suma ascendente a S/. 230,777.00 nuevos soles (daño a la persona, daño emergente, lucro cesante y daño moral). Alega que el tres de octubre de dos mil seis, aproximadamente a las 6:10 de la mañana, fue acometida súbitamente por el camión recolector de basura de propiedad de la municipalidad demandada, que era conducido por el codemandado, siendo lanzada violentamente contra la pista, produciéndole la fractura de su antebrazo derecho, por lo que actualmente viene padeciendo la difícil situación

que conlleva la amputación de su miembro superior, lo que le ha ocasionado invalidez permanente, mermando su capacidad productiva.

El juez declaró fundada en parte la demanda y ordenó el pago de S/. 51186,00 nuevos soles, en forma solidaria de los codemandados, al considerar que la conducta desplegada por el conductor del vehículo no encuentra legalidad o juridicidad en el sistema normativo y, en específico, en lo que disponen los artículos 1971 y 1972 del Código Civil, precisando que la víctima ha sufrido daño, porque, producto del impacto, sufrió una fractura en su brazo, dando lugar a su posterior amputación.

La Sala Superior revocó la decisión de primera instancia y declaró infundada la demanda, sosteniendo que la demandante se había constituido en parte civil en el proceso penal instaurado contra Antonio Cruz Huamán Carrasco como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en su figura de lesiones culposas graves y la Municipalidad Provincial de Chachapoyas, como tercero civilmente responsable y que en dicho proceso ya agotó su pretensión indemnizatoria, por lo que deviene en infundada la acción, ya que la existencia de un proceso anterior, impide la existencia de otro en que se den las identidades propias de la cosa juzgada, tanto en lo subjetivo como en lo objetivo, conforme al artículo 438 inciso 3 del CPC

La Sala Civil Suprema evaluando si existió la triple identidad y, en consecuencia, la imposibilidad de demandar otro proceso con el mismo petitorio, de acuerdo a lo señalado en el artículo 438.3, razonó así:

“Noveno.- Que, en el caso de autos no se observa la triple identidad alegada por el A Quem, en tanto que en el proceso penal seguido en contra de los codemandados, se busca la sanción

al infractor de la ley penal ante la comisión de un hecho que la sociedad y la ley consideran repudiable y reprimible, mientras que en el proceso civil la responsabilidad responde a una lógica distinta, pues se busca determinar quién debe asumir el daño ocasionado producto de determinada situación jurídica”.

Esta apreciación de la Corte Suprema va contra la doctrina procesal respecto de la cosa juzgada, como correctamente valoró la Sala Superior, pues si bien el proceso penal y el civil tienen pretensiones distintas, en el proceso penal se admite la acumulación del proceso civil por razones de economía procesal por lo que, al haberse constituido la agraviada como parte civil, la legitimidad para obrar se había concretado; en consecuencia, se había establecido una relación jurídico-procesal civil válida al interior del proceso penal.

Al hacer el test de triple identidad concluye erróneamente que no se acredita porque “en el proceso penal seguido en contra de los codemandados, se busca la sanción al infractor de la ley penal ante la comisión de un hecho que la sociedad y la ley consideran repudiable y reprimible, mientras que en el proceso civil la responsabilidad responde a una lógica distinta, pues se busca determinar quién debe asumir el daño ocasionado producto de determinada situación jurídica”.

Esta postura nace de una concepción limitada de lo que es el proceso penal, dentro del cual no solo se busca sancionar al culpable con una pena, sino que debe resarcirse a la víctima de los daños causados por el comportamiento criminal, permitiéndose una acumulación con el proceso civil.

Que “la actividad procesal desplegada por la parte civil no significa un petitorio”, es incorrecto, pues la esencia de la actividad probatoria de la parte civil es la pretensión indemnizatoria.

Podemos agregar que no solo se afecta la cosa juzgada o *res judicata*, pues también se puede afectar el principio de *ne bis in idem*, cuando estando constituido en parte o actor civil en el proceso penal, en simultáneo se acciona civilmente.

El segundo argumento para fundar el recurso lo tenemos en el considerando décimo, en el que se señala que en el proceso penal se han evidenciado deficiencias para examinar el objeto civil:

“Décimo.- Que, debe indicarse además que si bien en el proceso penal se ha fijado S/. 5000,00 nuevos soles como monto de la reparación civil, debe señalarse que no se advierte que se haya analizado con toda amplitud toda la gama de daños como son: el daño moral, daño a la persona, daño emergente y lucro cesante, que han sido demandados en el presente proceso, y que debe ser materia de pronunciamiento por el Juez Civil, por tanto el cobro de la reparación civil determinada en la vía penal no excluye el cobro de los daños y perjuicios en la vía civil”.

La fijación de reparaciones reducidas en el fuero penal es en razón de que hay en la judicatura una concepción errónea del contenido de la reparación civil y si bien se cuestiona que se fijan montos irrisorios en sede penal, esta deficiencia en el tratamiento del tema reparativo no es un argumento jurídico para justificar que la parte civil ahora recurra en sede civil, pues entonces se podría admitir el argumento a contrario, que si los jueces penales dieran reparaciones mayores, entonces sí se les reconocería la competencia de estos en la solución de controversias de los daños derivados de los delitos, lo cual no es conforme a la lógica jurídica.

La deficiencia en la formación de los jueces penales respecto del tema de daños debe

ser subsanada por ellos mismos, capacitándose por el Poder Judicial y la Academia de la Magistratura; pero no puede ser tomada como justificación para recurrir doblemente para una misma pretensión.

Es responsabilidad también de la defensa del actor civil proponer, en la vía penal, los daños causados por el delito y sus elementos constitutivos, como el daño emergente, cesante, daño a la persona o daño moral. Enfocarse solamente la búsqueda de castigo, origina que se abandone probatoriamente este campo, pues de eso también se trata, de la prueba para acreditar la pretensión civil.

Esta sentencia casatoria responde a la falta de comprensión de cómo funciona en el proceso penal la pretensión civil y quiénes están legitimados para perseguirla.

Ante la ausencia de los perjudicados constituidos como parte civil, es el Ministerio Público el ente que está legitimado por ley para perseguir, en juicio, la reparación; y cesa, cuando se constituye el perjudicado como actor civil. Esta constitución es voluntaria y le da facultades mayores que en el propio proceso civil, puesto que conforme al artículo 57 del Código de Procedimientos Penales, está facultada para deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la ley prevé, y formular solicitudes en salvaguarda de sus derechos e intereses legítimos. Puede solicitar e intervenir en el procedimiento para la imposición, modificación, ampliación o cesación de medidas de coerción o limitativas de derechos, siempre que afecten **la reparación civil y su interés legítimo, en los resultados y efectividad del proceso respecto a su ámbito de intervención**. Pese a que se le reconoce que puede accionar en el proceso

penal y se comprende la colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo y de la intervención en él de su autor o partícipe, la parte civil tiene la facultad central de probar el daño causado. No le está permitido pedir o referirse a la sanción penal, pues esta es facultad del Ministerio Público.

La parte perjudicada o agraviada por el delito tiene la facultad de disponer si se constituye o no en parte o actor civil en el proceso penal. Si no lo hace, está habilitada para demandar civilmente. Si lo hace y se determina en sentencia la condena y la pretensión civil, ya no puede acudir a la sede civil.

La única forma de estar habilitada para demandar civilmente, si es que ya se constituyó en actor civil, es que se haya desistido expresamente en la etapa intermedia del proceso penal.

CONCLUSIONES

1. Al proceso penal se le acumula un proceso civil por economía procesal.
2. La parte perjudicada se legitima para solicitar la reparación del daño al constituirse en parte o actor civil.
3. La acción penal es pública mientras que la acción civil es facultativa.
4. Bajo el principio dispositivo el actor civil puede desistirse de su pretensión reparatoria hasta antes del inicio de la etapa intermedia.
5. Si en el proceso penal ya se dictó sentencia fijándose la reparación civil y el agraviado se constituyó en parte o actor civil, ya no es posible acudir nuevamente a otro proceso civil porque es violatorio del *ne bis idem* o de la cosa juzgada.

CARACTERÍSTICAS, ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Coronel (JM) Dra. Marta Iturvide Contich¹

35

En el presente trabajo pretendemos esbozar una reseña de la jurisdicción militar en la República Oriental del Uruguay, de su estructura organizativa y de sus características, así como del proceso penal militar. Pero, sobre todo, nos interesa destacar la necesidad e importancia de la existencia de una justicia militar especializada, tanto como de un Derecho Penal específico que defina y regule ilícitos castrenses.

Respecto a las características, es una jurisdicción de excepción y especial –hasta la fecha– independiente del Poder Judicial², que ejerce función jurisdiccional y está prevista constitucionalmente³.

1 Ingresó a la Justicia Militar de Uruguay el 1 de marzo de 1979. Obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales el 13 de noviembre de 1985. Dicta clases en diversos centros de educación superior sobre justicia militar. Integró la Comisión encargada de redactar los Códigos Penal Militar y de Organización de los Tribunales Militares y del Proceso Penal Militar, presidida por el Ministro de Defensa Nacional. Participó en diversos encuentros internacionales sobre justicia militar y Derecho Internacional Humanitario. Es autora de artículos sobre justicia militar en revistas nacionales e internacionales.

2 Artículo 12 del Código Penal Militar: “Los Tribunales militares, no obstante el régimen especial a que obedecen, y su carácter de órganos de disciplina administrativa, integran el organismo judicial del país y sus resoluciones, se consideran como una emanación de la justicia nacional”.

3 Artículo 253 de la Constitución de la República: “La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra.

Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la justicia ordinaria”.

Actualmente, su competencia está limitada a los delitos estrictamente militares, cometidos por militares y al caso de estado de guerra. Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, según el precepto constitucional, están sometidos a la jurisdicción ordinaria.

En su actuación jurisdiccional es independiente del Ministerio de Defensa Nacional; dependencia que sí ostenta en los ámbitos administrativo y presupuestal.

En la historia de la justicia militar uruguaya es posible distinguir dos etapas en mérito a los efectos o consecuencias que impuso la entrada en vigencia de la Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650 de 19 de febrero de 2010⁴.

Hasta la vigencia de la referida ley, la jurisdicción militar era competente para juzgar no solo a militares que cometían un delito estrictamente militar, sino también a civiles que actuaban como coautores o cómplices de un ilícito militar, a civiles que incurrían en un delito militar y a militares que cometían determinados delitos comunes que, conforme al Código Penal Militar, eran considerados delitos militares. Luego de la vigencia de la citada ley, la competencia de la justicia militar

quedó limitada a los delitos estrictamente militares cometidos por militares, por lo que todos los expedientes que se tramitaban en esta órbita jurisdiccional no comprendidos en su nueva competencia se elevaron a la Suprema Corte de Justicia para su distribución en los juzgados letrados de primera instancia en lo penal que correspondieran.

La Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650 redujo sensiblemente la competencia de la jurisdicción castrense, derogando y modificando disposiciones del Código Penal Militar el cual, junto con el Código de Organización de los Tribunales Militares y el Código de Procedimiento Penal Militar, se encuentra vigente –con pocas modificaciones– desde 1943.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la citada ley, hasta la fecha no se ha producido el pasaje de la jurisdicción militar a la del Poder Judicial.

Si bien se implementó el traslado de funciones mediante un proyecto de Código Penal Militar y de Código de Organización de los Tribunales Militares y del Proceso Penal Militar, elaborado por una Comisión integrada con profesionales del Ministerio de Defensa Nacional –entre ellos de justicia militar– y

4 Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650 del 19/02/2010 publicada en el D.O. el 08/03/2010: “Artículo 27.- El Poder Judicial ejerce la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar a que refiere el artículo 253 de la Constitución de la República.

A tales efectos, el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Defensa Nacional, coordinará con la Suprema Corte de Justicia el respectivo traslado de funciones, mediante el correspondiente proyecto de modificación a la Ley N° 15.750 de 24 de junio de 1985, Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales.

La jurisdicción militar, conforme con lo dispuesto en el artículo 253 citado, mantiene su esfera de competencia exclusivamente a los delitos militares y al caso de estado de guerra.”

“Artículo 28.- Dispónese que solo los militares pueden ser responsables del delito militar.

Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la justicia ordinaria”.

“Artículo 31 (Disposición transitoria).- Dispónese que hasta la implementación de lo dispuesto en el artículo 27, mantendrán plena vigencia las normas contenidas en los Códigos Penal Militar, de Organización de los Tribunales Militares y de Procedimiento Penal Militar, con excepción de lo establecido en el artículo 28, en cuanto no se ajuste a lo dispuesto en la presente ley”.

de la Suprema Corte de Justicia, ese proyecto se remitió al Poder Legislativo en marzo de 2011, no habiendo sido aprobado hasta la fecha.

Por tanto, la jurisdicción militar de nuestro país continúa siendo independiente del Poder Judicial, sin perjuicio de la dependencia jurisdiccional con la Suprema Corte de Justicia integrada –como veremos– respecto, especialmente, de los recursos de casación y revisión.

En cuanto a su organización, en tiempo de paz, y según lo prevé el Código de Organización de los Tribunales Militares, la jurisdicción militar se compone de los siguientes órganos:

La Suprema Corte de Justicia, integrada con dos miembros militares. La Suprema Corte de Justicia es el máximo órgano del Poder Judicial. Integrada con dos miembros militares (además de sus miembros naturales), es la que resuelve los recursos de casación y revisión que se interponen contra las sentencias de segunda instancia dictadas por el Supremo Tribunal Militar. Es también la que resuelve las contiendas de jurisdicción que se plantean entre la justicia militar y la justicia ordinaria.

El Supremo Tribunal Militar es el órgano de la justicia militar que ejerce la superintendencia directiva, consultiva y correccional sobre todas las funciones de la justicia militar. Actúa en segunda instancia en las apelaciones de las sentencias definitivas e interlocutorias que elevan los juzgados militares de primera instancia; resuelve contiendas de competencia que se produzcan entre los juzgados militares y concede las libertades anticipada y condicional, entre otras competencias.

Los juzgados militares de primera instancia, que actualmente son dos, actúan en la etapa de plenario y ejecución de sentencias.

Los juzgados militares de instrucción, que también son dos en la actualidad, instruyen el presumario y el sumario del expediente.

Las fiscalías militares (Ministerio Público), funcionando actualmente las de primer y segundo turnos.

Las defensorías militares letradas de oficio de primer y segundo turnos.

Los jueces sumariantes, quienes son oficiales que se encuentran en cada unidad, repartición o instituto militar y actúan en lugar del juez militar de instrucción en los casos en que se demora la intervención de dicho magistrado, a efectos de reunir los datos esenciales del delito para que no se malogre la indagatoria.

Existe, además, una lista de **conjueces**, constituida por integrantes del Ejército, de la Armada Nacional y de la Fuerza Aérea, exigiéndose la calidad de oficial superior en actividad o retiro. Actúan para reemplazar a uno de los ministros del Ejército del Supremo Tribunal Militar en los casos en que el procesado pertenezca a la Armada o a la Fuerza Aérea y en la integración del Tribunal en casos de recusación, excusación (excusa) o vacancia de los ministros.

Los miembros militares de la Suprema Corte de Justicia y los ministros del Supremo Tribunal Militar son designados por el Poder Ejecutivo con venia del Senado o de la Comisión Permanente en caso de receso de aquel. Los titulares de las defensorías militares letradas de oficio, como los representantes del Ministerio Público, son nombrados por el Poder Ejecutivo.

Si bien el Código de Organización de los Tribunales Militares determina que los cargos de los órganos de la justicia militar pueden ser ocupados por oficiales –en las jerarquías que se especifican para cada uno de ellos– en

actividad o en retiro, en la práctica siempre estos cargos fueron ocupados por oficiales en situación de retiro, fundamentándose esta decisión en una mayor imparcialidad, ya que al no encontrarse en actividad, no están sujetos a la jerarquía.

Todos los órganos de la justicia militar (con excepción de los jueces sumariantes), tienen su sede en la capital del país y su competencia es nacional.

El cuerpo legal citado y sus leyes modificativas prevén, además, determinados cargos en la estructura de la justicia militar, como el de secretario de dicho Tribunal, quien tiene funciones de jefe de despacho, debiendo revestir la jerarquía mínima de teniente coronel (JM) y ostentar título de abogado; de Prosecretario, quien tiene funciones de sub-jefe de despacho y es subrogante del secretario en casos de impedimento, licencia, enfermedad o vacancia. Debe revestir la jerarquía mínima de teniente 1º (JM) y poseer título de abogado.

En los juzgados militares se prevé la actuación de secretarios y auxiliares (oficiales de justicia militar) y en la práctica, a fin de propender a una mayor profesionalización, la cual ha sido la meta en los últimos años, se exige, además, que posea título de abogado y/o escribano público.

La mayoría del personal de la justicia militar reviste estado militar, ingresando a la Institución en la jerarquía de Soldado de 1ª (JM) y solo desde hace muy pocos años puede integrarse con personal civil.

En una escueta referencia al proceso penal militar, cabe expresar que este es bastante similar al proceso penal común, con las especificidades que proporciona la propia materia castrense y la conformación estructural

de la jurisdicción militar con dos jueces que actúan en dos etapas de un mismo proceso penal (sumario y plenario), a diferencia de lo que ocurre en la justicia ordinaria, en la que un solo juez procesa y condena.

Si bien –como expresamos con anterioridad– los Códigos Militares datan de 1943, el Supremo Tribunal Militar, mediante Acorradas, ha incorporado al proceso penal militar todos aquellos institutos jurídicos que se crearon para los justiciables comunes, con la finalidad de que los enjuiciados militares gocen de idénticos derechos y garantías.

A título de ejemplo podemos citar la suspensión condicional de la pena y la posterior extinción del delito, la aplicación de medidas sustitutivas o alternativas a la prisión, el derecho a que un encausado posea hasta dos defensores que lo patrocinen, así como el beneficio que se concede a cualquier indagado militar de ser asistido por un defensor desde la primera declaración en sede judicial, entre otros.

En las breves referencias que pretendemos realizar en cuanto a la jurisdicción penal militar uruguaya en la actualidad, nos interesa destacar que se respetan y se da cabal cumplimiento de todos los principios y garantías del debido proceso impuestos tanto por la Constitución nacional como por la normativa vigente en nuestro país, así como el cumplimiento de las exigencias del Derecho Internacional operante en la materia.

Dentro de las primeras citaremos, en vía de ejemplo, las disposiciones que determinan que: “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”; “Nadie puede ser preso sino in fraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente”; “Queda (...) vedado el juicio criminal en rebeldía (...)”; “A nadie se le aplicará la pena de muerte (...)”⁵.

Como garantías del debido proceso en la jurisdicción militar incorporadas en el Código de Organización de los Tribunales Militares es posible nombrar las que prevén que: “La jurisdicción militar en la República se ejerce únicamente por los tribunales, autoridades y funcionarios que este Código determina”; “Los Tribunales Militares no podrán aplicar otras disposiciones que las de este Código, así como las cláusulas penales de las demás leyes militares vigentes y los Códigos y leyes penales en cuanto resultaren pertinentes”; “Todos los que intervengan en el ejercicio de la jurisdicción militar serán responsables por la violación o por la no aplicación de las leyes y disposiciones que rigen el caso, en las formas previstas por este Código”⁶.

También se prevén garantías del debido proceso en el Código de Procedimiento Penal Militar, como que: “Toda persona inculpada de un delito militar será reducida a prisión en los siguientes casos: 1) Cuando hubiese sido sorprendida infraganti delito. 2) Cuando medie orden del Juez competente, entendiéndose por tal el Juez Militar de Instrucción”; “Ninguna otra persona puede ser prevenida dos veces por el mismo delito, ni presa sino en los casos que determina este Código”⁷.

En cuanto a las exigencias del Derecho Internacional, la justicia militar uruguaya cumple con todas ellas. Acorde con la que determina que los magistrados militares deben actuar con independencia e imparcialidad de toda jerarquía es que los cargos de miembros militares de la Suprema Corte de Justicia, ministros del supremo Tribunal Militar y jueces militares, son ocupados por militares en situación de retiro.

La justicia militar constituye una jurisdicción restrictiva, excepcional y de

competencia funcional. En mérito al principio de funcionalidad, se limita a delitos militares cometidos por elementos de las Fuerzas Armadas y es incompetente para el juzgamiento de civiles.

Establece la presunción de inocencia, derecho a defensa, igualdad de las partes, publicidad de los procesos, derecho a estar presente durante el proceso y a ser oído sin demora; legalidad, competencia e independencia de Jueces y Tribunales, e independencia e imparcialidad del Juez, Tribunal y Ministerio Público, como garantías a las exigencias del Derecho Internacional que nuestra Justicia Militar aplica en su proceso penal.

Sin perjuicio de reiterar conceptos ya vertidos en trabajos anteriores, estimamos que no es posible finalizar sin mencionar que nuestra jurisdicción penal militar, como jurisdicción independiente del Poder Judicial de excepción y especial, aplica el Derecho Penal común en todo lo que no está previsto por el Derecho Penal especial y está funcionado por 164 años.

Con su organización estructurada por el Código de Organización de los Tribunales Militares en el año 1943 y algunas reformas posteriores, ha sabido aplicar la normativa legal castrense con equidad y justicia, propendiendo al mantenimiento de la disciplina, y en definitiva ha constituido un pilar fundamental para la estabilidad y funcionamiento de las Fuerzas Armadas.

Por último, cabe destacar que la Justicia Militar uruguaya no sólo respeta y actúa acorde a los principios y garantías constitucionales y legales vigentes en nuestro país sino, también, conforme a los parámetros del Derecho Internacional.

6 Artículos 66, 67 y 70 del Código de Organización de los Tribunales Militares.

7 Artículos 179 y 510 del Código de Procedimiento Penal Militar.

Concluimos con el sentimiento de que es muy poco lo que podemos ilustrar al lector en estas escasas páginas y mucho lo que tendríamos para decir no solo de la justicia militar de nuestro país, sino de las justicias militares del mundo.

Querramos o no, todas están unidas por un mismo y trascendental fundamento, cual es el mantenimiento del orden y la disciplina de las Fuerzas Armadas.

Idénticos principios y valores –tal vez ya harto repetidos– aúnan las jurisdicciones castrenses de las distintas regiones, propendiendo a mantener, con base en la obediencia y la jerarquía, unas Fuerzas Armadas disciplinadas y preparadas para proteger el territorio, la soberanía y el bienestar de los pueblos.

Porque creemos que nada mejor que una justicia militar –sea independiente o dependiente del Poder Judicial– especializada y conocedora del Derecho Militar es la única capaz de mantener y fortalecer las Fuerzas Armadas que protegen a nuestros ciudadanos, defienden nuestra nación y entregan sus vidas por las nuestras, es que propugnamos la necesidad de su vigencia.

Quien juzgue una conducta contraria al orden castrense debe conocer no solo la normativa que regula la infracción, sino la propia vida militar y comprender el porqué de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal militar, puesto que la profesión de las armas

va más allá del desempeño de una actividad como forma de obtener un sustento económico; es la realización de una tarea forjada por una vocación de servicio que incumbe al quehacer diario tanto como la concientización, incorporación y compenetración de un conjunto de normas jurídicas, reglamentarias y éticas que se plasman, demuestran y exteriorizan en cada actuación de quien reviste estado militar.

Debido a ello nos esforzamos por la existencia de un Derecho Penal específico para el orden militar que regule y sancione con severidad las infracciones o inconductas que vulneren la disciplina de las Fuerzas Armadas, puesto que sin la protección del referido bien jurídico nos encontraríamos ante Fuerzas Armadas inestables. Pero ese Derecho Penal específico debe, además, proporcionar las debidas garantías y respeto a los derechos del justiciable castrense, teniendo especial consideración las muchas veces adversas o desfavorables situaciones en que se produce una conducta incompatible con la vida militar.

Es entonces nuestro propósito, bregar por la existencia y mantenimiento de una justicia militar especializada, tanto como por un Derecho Militar específico, aplicable a quienes cumplan la honrosa misión de ejecutar las actividades militares que imponen los más altos intereses de la defensa nacional.

LA JUSTICIA MILITAR DE LA UNIÓN (JMU) Y EL SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM) DE BRASIL¹

Gen Ex Raymundo Nonato De Cerqueira Filho²

I. INTRODUCCIÓN

El origen de la JMU tuvo lugar con la llegada de la familia real lusitana a Brasil en 1808, motivada por la invasión de ese país por los ejércitos de Napoleón, por no aceptar Portugal el bloqueo continental de Inglaterra, impuesto por Francia.

41

II. DESAROLLO

Historia de la JMU en Brasil

El 1 de abril del año 1808, D. Juan, Príncipe de Portugal, creó, por decreto, en la ciudad de Rio de Janeiro, el Consejo Supremo Militar y de Justicia, el cual constituye el origen del Superior Tribunal Militar (STM) y, en consecuencia, de la justicia militar.

El Consejo Supremo Militar y de Justicia no fue incluido en la primera Constitución brasileña del año 1824, pero aún hizo juicio de los militares de las Fuerzas Armadas según el Reglamento del Conde de Lippe (notable militar y político alemán, que prestó excelentes servicios al Ejército portugués en el siglo XVIII).

1 Esta conferencia fue dada en el marco del Foro Interamericano de Justicia Militar y Derecho Internacional Humanitario, llevado a cabo los días 2, 3, y 4 de diciembre de 2013 en la ciudad de Lima, con la participación de nueve países del continente americano, organizado por el Fuero Militar Policial del Perú.

2 Ministro-Presidente del Superior Tribunal Militar de Brasil.

La Constitución brasileña de 1891 incluyó el Supremo Tribunal Militar.

En el año 1926, el Decreto 17.231-A, del 26 de febrero de 1926, creó el cargo de abogado de la justicia militar, que dio origen a la Defensoría de Oficio (actual Defensoría Pública da Unión - DPU).

En la Constitución brasileña de 1934 fue incluida la justicia militar en el Poder Judicial y creado el Fuero Especial para los delitos contra la seguridad del país o contra las instituciones militares.

La Constitución de 1937 creó el Fuero Especial a las Zonas de Operaciones, durante el Estado Novo (situación política en Brasil al fin de los años treinta en el gobierno del presidente Getulio Vargas).

La JMU trabajó en Italia durante la Segunda Guerra Mundial, de julio a diciembre de 1944, donde el Consejo Supremo de Justicia Militar, los Consejos de Justicia y dos Auditorías (tribunales de primera instancia) desarrollaron sus funciones.

La Constitución de 1946 cambió el nombre de la institución a Superior Tribunal Militar (STM), que se mantiene hasta nuestros días.

El STM, de una manera sin precedentes en la historia de la judicatura de Brasil, el 31 de agosto de 1964, concedió el primer recurso de hábeas corpus, presentado en favor de un ciudadano brasileño (HC 27.200), el cual fue proferido por el relator Ministro Almirante José Espíndola.

En el año 1965 se promulgó el Acto Institucional N° 2 y empezó el funcionamiento del fuero militar para los delitos definidos en la Ley 1802 / 1953 (delitos contra el Estado y el orden político y social).

En la Constitución de 1969 se estableció la pena de muerte, la cadena perpetua y el destierro del país.

La Ley 7170 de 1983 (Ley de Seguridad Nacional), aún vigente, pero modificada en 1988 con la promulgación de la actual Constitución brasileña: los delitos políticos pasaron a la jurisdicción de los tribunales ordinarios (Justicia Federal de Brasil).

La Constitución de 1988 consolidó la actual organización, composición y competencia de los tribunales y jueces militares.

a. Estructura orgánica de la JMU y del STM

En la Constitución brasileña de 1988, Capítulo III, sobre el Poder Judicial, artículo 122, los órganos que constituyen la justicia militar son: el Superior Tribunal Militar y los Tribunales y Jueces Militares establecidos por la ley. En el artículo 123 de la misma Constitución, el Superior Tribunal Militar está integrado por: quince ministros vitalicios, nombrados por el Presidente de la República, después de ser aprobada su postulación por parte del Senado, siendo tres de ellos oficiales generales de la Marina, cuatro oficiales generales del Ejército, tres oficiales generales de la Fuerza Aérea, todos activos y del rango más alto dentro de la carrera, y también cinco civiles. Los ministros civiles son elegidos por el Presidente de la República entre brasileños con más de treinta y cinco años, siendo: tres de entre ellos abogados de notable conocimiento jurídico y conducta intachable, con más de diez años de efectiva actividad profesional y dos por selección paritaria entre los jueces auditores y los fiscales de la justicia militar.

La Ley 8.457, del 4 de septiembre de 1992, organiza la justicia militar y regula el funcionamiento de sus servicios auxiliares, complementa al artículo 122 de la actual Constitución de Brasil y establece que son órganos de la justicia militar: el Superior Tribunal Militar, la Auditoría de Corrección, los consejos de justicia, y los jueces auditores y los jueces auditores sustitutos.

La instancia superior (segunda instancia) de la JMU es ejercida por el Superior Tribunal Militar (STM), con sede en Brasilia y jurisdicción en todo el territorio nacional.

El STM tiene composición mixta, que combina los conocimientos de los civiles abogados notables con la práctica de la vida militar de los jefes militares experimentados.

En la primera instancia, la JMU tiene 12 circunscripciones judiciales militares, con 19 Auditorías distribuidas en todo el territorio nacional.

Cada Auditoría tiene: 1 juez auditor, 1 juez auditor sustituto, los consejos de justicia y sus servidores.

En total, la JMU tiene en primera instancia 38 jueces de Derecho en las Auditorías.

Los consejos de justicia se componen de 4 oficiales (que se llaman “sables”) y 1 juez (que es el juez auditor o el juez auditor sustituto); los consejos pueden ser permanentes o especiales. Existe también una Auditoría de Corrección, con 1 juez Auditor (primera instancia de la JMU), que tiene jurisdicción en todo el país, convirtiéndose así en un organismo de supervisión y orientación judicial y administrativa.

Como información, es obligatoria la presencia de la Fiscalía en todos los juicios celebrados en cualquier tribunal de la JMU. El Ministerio Público de la Unión, junto a la justicia militar, (MPM) es nuestra Fiscalía, según el artículo 67 de la Ley 8.457/1992 y se constituye de 1 procurador general de la justicia militar, subprocuradores, procuradores y fiscales.

La Defensa Pública de La Unión (DPU) junto a la justicia militar existe para atender a los ciudadanos que no puedan pagar abogados, según el artículo 69 de la misma ley.

b. El papel da la JMU

La Constitución Federal de 1988 de Brasil, en el Capítulo III, del Poder Judicial, Sección VII, de los Tribunales y Jueces Militares, artículo 124, determina que a la Justicia Militar le compete procesar y juzgar los delitos militares definidos en la ley.

Así es que el Decreto-Ley 1.001, de 21 de octubre de 1969 (Código Penal Militar - CPM), en su artículo 9, define los delitos militares en tiempo de paz y, en consecuencia, el papel de la justicia militar de Brasil.

Es responsabilidad del STM: procesar y juzgar originariamente a los oficiales generales que cometen delitos militares, habeas corpus y hábeas data, órdenes judiciales contra los actos de la Corte, su Presidente y demás autoridades de la justicia militar, revisión de los casos concluidos, queja y representación de declaración de incompatibilidad o indignidad de la oficialidad; y también juzgar, en apelación, el proceso decidido en la primera instancia.

Es muy importante conocer el artículo 9 del Código Penal Militar brasileño (CPM) para entender lo que es delito militar y, por lo tanto, el papel de la justicia militar:

“Artículo 9 (CPM).- Son considerados delitos militares en tiempo de paz:

I. Los delitos contemplados en este Código, cuando se define de manera distinta en el derecho penal ordinario, o no se proporciona, cualquiera que sea el agente, salvo disposición especial;

II. Los delitos establecidos en este Código, incluso si están igualmente definidos en la legislación penal ordinaria, cuando sean cometidos:

a) Por militar en servicio activo contra militar en la misma situación; y

- b) Por militar en servicio activo en lugar bajo la administración militar, contra militar jubilado o civil;
- c) Por militar en servicio o actuando en virtud de su función, en comisión de carácter militar, o en una ceremonia, aunque se encuentre fuera de lugar sujeto a la administración militar, contra militar jubilado o civil; (Modificado por la Ley 9.299 / 1996)
- d) Durante el periodo de maniobras militares o ejercicios, contra militar jubilado o civil;
- e) Por militar en servicio activo contra la propiedad sujeta a la administración militar o contra el orden administrativo militar;
- f) (Derogado por la Ley 9.299 / 1996).

III. Los delitos cometidos por militar jubilado o civil contra las instituciones militares, considerando como tal, no solo lo que se incluyó en el inciso I, como en el II, en los siguientes casos:

- a) Contra el patrimonio sujeto a la administración militar o contra el orden administrativo militar;
- b) En lugar sujeto a la administración militar contra militar en servicio activo, o contra empleado civil de las Fuerzas Armadas o de la Justicia Militar, en el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo;
- c) Contra militar en ceremonia o en estado de disponibilidad, vigilancia, observación, exploración, ejercicio, campamento, acantonamiento o maniobras; y,
- d) Aunque fuera de lugar sujeto a la administración militar, contra militar en ejercicio de función militar

o en servicio de vigilancia, garantía y mantenimiento del orden público, administrativo o judicial, cuando haya sido requerido para cumplir con ese fin, o por orden legal superior.

Párrafo único. Los delitos mencionados en este artículo cuando sean dolosos contra la vida y cometidos contra civiles estarán a cargo de la ley común, excepto cuando se cometan en el contexto de la acción militar llevada a cabo de conformidad con el artículo 303 de la Ley 7565, de 19 de diciembre de 1986 - Código Brasileño de Aeronáutica. (Modificado por la Ley 12.432 / 2011)”.

De la interpretación del artículo 9 del CPM podemos colegir que existen los llamados:

- Delitos militares, como desertión, abandono de puesto, etc.
- Delitos no exactamente militares, que tienen la misma definición en el Código Penal común, pero son cometidos por militares o civiles bajo las siguientes condiciones:
 - Militar en servicio activo contra otro militar en la misma situación.
 - En lugares sujetos a la administración militar.
 - Por militar en servicio de carácter militar o contra el propio militar.
 - Pérdida de bienes o del orden administrativo militar.

c. Las penas accesorias

El artículo 98 del PM brasileño define perfectamente lo que son las penas accesorias:

- La pérdida del cargo y del rango.

- La indignidad para la oficialidad.
- La incompatibilidad con la oficialidad.
- La exclusión de las fuerzas armadas.

d. Consejo de Justificación (CJust)

La Ley 5.836, de 5 de diciembre de 1972, registra que:

- El Consejo de Justificación (CJust) existe para juzgar, por medio de proceso especial, la incapacidad del oficial de las Fuerzas Armadas de mantenerse en el servicio activo.
- Es aplicable también a los oficiales jubilados.
- El oficial de las Fuerzas Armadas puede ser sometido al CJust a solicitud de parte o *ex officio*, entre otras, por las siguientes razones:
 - Haber actuado incorrectamente en el desempeño de su cargo.
 - Presentar mala conducta.
 - Haber ejecutado acto que afecte el honor personal, la dignidad militar o el decoro de la clase.
 - Haber sido condenado por delito doloso, después de juzgado, con pena de restricción de la libertad individual hasta de dos años.
- El nombramiento del CJust es responsabilidad del comandante de la Fuerza Armada del acusado.
- Componen el CJust: 3 Oficiales en servicio activo de la misma Fuerza Armada del acusado y de rango (grado) superior al suyo.
- Después de recibir el proceso, el comandante de la Fuerza Armada del acusado puede:

- Archivar el proceso, cuando considere que la justificación es procedente.
- Aplicar una sanción disciplinaria cuando considere que existió una falta o infracción disciplinaria.
- Transferir al acusado a la reserva remunerada, después de la ejecución de los actos del Presidente de la República.
- Remitir el caso al juez auditor competente para conocer del delito.
- Remitir el caso al STM, que, a su vez, podrá imponer las siguientes penas accesorias (artículo 161 del Reglamento Interno del STM):
 - Declarar el acusado indigno de la oficialidad o incompatible con ella, causando la pérdida de su cargo y rango; o,
 - Determinar su retiro del servicio.

e. Representación de indignidad para la oficialidad

La actual Constitución Federal de Brasil, en el Capítulo II, sobre las Fuerzas Armadas, artículo 142, establece:

“Las Fuerzas Armadas, constituidas por la Marina, el Ejército y la Fuerza Aérea, son instituciones nacionales permanentes y regulares, organizadas con base en la jerarquía y la disciplina, bajo la autoridad suprema del Presidente, y destinadas a la defensa del país, la garantía de los poderes constitucionales y, a iniciativa de cualquiera de ellos, de la ley y del orden.

...

§3 Los miembros de las Fuerzas Armadas se llaman militares y se les aplican, además de las disposiciones fijadas por

la Ley, las siguientes: (añadido por la Enmienda Constitucional 18/1998).

...

VI El oficial solo pierde su cargo y rango si es juzgado indigno de la oficialidad o incompatible con ella, por decisión de un tribunal militar permanente, en tiempo de paz, o de la corte especial en tiempos de guerra (añadido por la Enmienda Constitucional 18/1998).

VII El oficial condenado en un tribunal común o militar a prisión de más de dos años mediante sentencia que haya pasado a cosa juzgada será sometido al proceso de juzgamiento establecido en el número anterior (añadido por la Enmienda Constitucional 18/1998)".

Sobre el tema, el Reglamento Interno del Superior Tribunal Militar (STM), Capítulo IV, que trata de la Representación para la Declaración de Indignidad o Incompatibilidad para la Oficialidad, en sus artículos 112 y 114 registra que:

- Si la decisión de los tribunales civiles o militares se convierte en definitiva y condena a un Oficial de las Fuerzas Armadas a la prisión durante más de dos años, la Procuraduría General de Justicia Militar hará una representación al STM el que, a su vez, juzgará si ello es indigno o incompatible con la oficialidad.
- La decisión del STM se comunicará al comandante de la Fuerza del representado, siendo enviada, también, copia de la sentencia.

f. Visión prospectiva

- Implementación de Planificación Estratégica en la JMU, actualmente en construcción, bajo la responsabilidad

de la Oficina de Gestión Estratégica de la Presidencia del STM (AGEST).

- Implementación del Proyecto de la Gestión Electrónica de Procesos, Documentos, Archivos e Información (GEDAI), en curso en el STM (aprobación del programa SEI del Tribunal Regional Federal - 4).
- La adhesión al Proceso Judicial Electrónico (PJE) del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), para la informatización de los procedimientos judiciales.
- Reestructuración de la JMU.
- Ampliación de la misión de la JMU.
- Construcción de la nueva sede del STM en Brasilia (el proyecto de construcción se encuentra bajo la responsabilidad del Departamento de Ingeniería y Construcción del Ejército de Brasil).

III. CONCLUSIÓN

La JMU es la justicia más antigua del país y, por lo tanto, tiene más conocimiento y experiencia en el juicio a los militares. Conoce a la perfección las características, sus conductas y reglamentos de las Fuerzas Armadas y así es la Justicia en mejores condiciones para juzgar a los militares.

La actual Constitución de Brasil amplió la responsabilidad de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el artículo 142: "La defensa del país, la garantía de los poderes constitucionales y, por iniciativa de cualquiera de ellos, de la ley y del orden". Este aumento del empleo dio lugar a la posibilidad de cometerse una mayor cantidad de delitos militares, sólo resueltos por la justicia militar.

La capilaridad de justicia militar en el país contribuye a una mejor prestación de sus servicios.

Por último, el gran riesgo es que si los militares son juzgados por la justicia ordinaria, es probable que ocurra una falta de

comprensión de sus características y su forma de operar por parte de los jueces civiles, que pueden considerar, por ejemplo, la deserción como si fuera una simple falta al trabajo en el cuartel.

LA GUERRA INVISIBLE

Los derechos humanos como arma de guerra y lucrativo negocio¹

*Brigadier General (RA) Luis Fernando Puentes Torres²
Director de la Maestría en Derechos Humanos y DICA*

“La peor de las guerras es aquella que no vemos, la que no conocemos, para la que no nos preparamos, que nos destruye moralmente, nos deja sin ganas de luchar y derrumba todos nuestros esfuerzos (...) Esa es la naturaleza de la guerra jurídica y judicial que enfrentamos ahora, todos los días, los soldados y policías de Colombia (...)”³.

49

INTRODUCCIÓN

La transmutación del conflicto colombiano lo ha llevado a un nuevo escenario de enfrentamiento que no fue previsto en su momento por los analistas y que lo hace sui géneris entre las confrontaciones que se libran en el mundo, por los ingredientes que en él ahora se entremezclan.

- 1 Ensayo presentado para evaluación de la materia Fundamentos de la Estrategia y Naturaleza de la Guerra en la Maestría de Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Conflictos Armados, de la Escuela Superior de Guerra. Abril de 2011. Este artículo ha sido tomado de la revista *Fuerzas Armadas*, volumen LXXXIV, edición 218, junio 2011, pp. 50–61, que publica la Escuela Superior de Guerra de Colombia. El autor, con gran desprendimiento, ha consentido su publicación en esta revista.
- 2 Brigadier General (RA) Luis Fernando Puentes Torres. Abogado con especialización en Criminología, Antropología Forense e Investigación Criminal (Universidad Complutense de Madrid, 1996) y en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Militar (Universidad Militar Nueva Granada, 2006). Adicionalmente, magíster en Defensa y Seguridad Nacional del Curso de Altos Estudios Militares (Escuela Superior de Guerra, 2004). Entre sus cargos se destacan: la Dirección de Inteligencia del Ejército (2001), la Agregaduría Militar, Naval y Aérea de la Embajada de Colombia en Panamá (2002), la Dirección Ejecutiva, de la Justicia Penal Militar (2006), entre otros. De su producción intelectual sobresalen: “Colombia, la ‘conveniente amenaza’ al entorno vecinal” (Revista FF. MM., 2004) y “Defensoría técnica para la fuerza pública, una sensible necesidad” (Revista Anual de Justicia Penal, 2005).
- 3 Conclusiones del Primer Seminario de Acción Jurídica para el CAEM 04, realizado por la Escuela Superior de Guerra, 2 al 5 de noviembre de 2004.

En la teoría del empleo de todas las formas de lucha se engendra la guerra política, que compromete en el espectro de la guerra a toda la institucionalidad del Estado, transformando la dinámica de la confrontación para llevar el campo de batalla y los actores armados a un plano secundario y buscar en otros estadios nuevos actores y estrategias de lucha en contra de la legitimidad del mismo Estado, que en nuestro caso constituye el centro de gravedad del conflicto, y como bien lo refería Clausewitz⁴, el gran teórico de la ciencia militar: “lo importante es destruir la capacidad de combate del enemigo, bien sea por las armas o por cualquier otro medio”⁵.

La fuerza pública estaba preparada para la guerra y para enfrentar militarmente a la amenaza, pero ahí no está enmarcado exclusivamente el triunfo, pues la guerra también se sustenta en fenómenos diferentes al puramente táctico, y dentro del variado arsenal que se emplea en los diferentes escenarios de la guerra política para deslegitimar los esfuerzos del Estado en su intento de resolver el conflicto y sus efectos perversos aparecen también nuevas formas de confrontación con un muy alto contenido psicológico, como son los diversos escenarios de la guerra mediática: desde el ángulo de las organizaciones, la inteligencia, la informática, la diplomática, las estrategias, la semántica y toda una amplia gama de herramientas que se emplean soterradamente en distintas instancias sin que se perciban sus efectos devastadores

hasta cuando ya se ha tomado la ventaja y es demasiado tarde para intentar contrarrestarlos.

Pero dentro de esta variedad de nuevas formas de confrontación, las que mayores secuelas dejan a la fuerza pública, buscando principalmente minar su moral y voluntad de lucha, son las conocidas como “guerra jurídica y guerra judicial”⁶, libradas, como veremos, en diferentes estadios y por distintos actores, centrando en una de ellas la atención de este ensayo.

La guerra jurídica y la guerra judicial

La narcoguerrilla más bien es el brazo armado de un aparato mucho más amplio que incluye partidos políticos, movimientos sindicales, organizaciones no gubernamentales, elementos de apoyo logístico para la subversión y muchos otros componentes que actúan dentro y fuera del país con diversos intereses, en muchos casos incrustados dentro del mismo Estado que pretenden sustituir. La mayor parte de este gran aparato encubre sus vínculos con el narcoterrorismo para poder actuar descubierto dentro de la sociedad colombiana. Un análisis de todo este concepto sería muy extenso y por ello solo analizaremos el accionar en los campos jurídico y judicial, aspecto que se ha denominado como “guerra jurídica y guerra judicial” y que van expresamente dirigidas contra las fuerzas militares, en primera instancia, y en segundo término, contra el Estado en su conjunto, al

4 Karl Phillipp Gottlieb Von Clausewitz (1780-1831), militar prusiano, considerado uno de los más importantes e influyentes historiadores y teóricos de la guerra moderna; sus tratados y enseñanzas son actualmente parte de los pénsum académicos en las escuelas y academias militares en todo el mundo.

5 *De la guerra* (Al. *BomKriege*) de Clausewitz, en su análisis sobre “el culminante de la ofensiva” que corrobora los preceptos de Sun Tzu en el *Arte de la Guerra* sobre las estrategias.

6 Consideradas como las dos más importantes y efectivas armas psicológicas del amplio y variado arsenal de instrumentos de la guerra política, empleados en contra de los miembros de la fuerza pública buscando minar su moral y su voluntad de lucha.

cual se trata de presentar internacionalmente como cínico y decidido violador de los derechos humanos.

El fundamento de estos ataques jurídicos y judiciales está basado en supuestas violaciones por parte de la fuerza pública –por ende, del Estado– a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, con falsos montajes de comisión e imputaciones, entre otros, de supuestos crímenes de lesa humanidad contra la población civil, promovidos lógicamente por los actores armados ilegales, ayudados ora por órganos del mismo Estado, bien por ignorancia, ora por asistencia; y auspiciados “involuntariamente” por ciertos órganos de control del Estado, verbigracia, el Ministerio Público, como también por la justicia ordinaria y otros entes jurisdiccionales, pero principalmente, y esto es lo más grave, las organizaciones no gubernamentales internacionales y nacionales de tendencia izquierdista, conformadas y dirigidas en alto porcentaje por equipos de expertos abogados, sociólogos, antropólogos, psicólogos y, claro, violentólogos, capacitados en las mejores universidades europeas y americanas en derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario.

“El divorcio histórico entre organismos civiles y militares determinó que la desinformación sistemática permeara las estructuras del Estado. Algunos de sus órganos se dejaron impresionar por la magnitud de las acusaciones por atropellos a los Derechos Humanos y al DIH, en particular, los organismos de control que abrieron las puertas a toda suerte de acusaciones e iniciaron procedimientos que implicaban suspensiones para mi-

litares con grado, causando perjuicios considerables a las carreras profesionales de los implicados y afectando la moral personal e institucional”⁷.

Luego, la “guerra judicial” es la estrategia de manipular y denunciar actos de “supuestas violaciones de derechos humanos” por parte de personal militar, aunque el enjuiciamiento del personal verdaderamente comprometido no le interesa a la narcosubversión. Se trata, entonces, de fabricar falsos cargos y sindicaciones contra miembros de la fuerza pública, ojalá de grado superior, que se hayan destacado en las operaciones contra el narcoterrorismo. En muchos otros casos no hay asidero de ninguna clase para enjuiciar a un militar, por ejemplo, en casos montados de desaparición, llegándose prácticamente a la condena de un miembro de la fuerza pública. Luego ocurre que el “desaparecido” supuestamente asesinado, aparece gozando de perfecta salud.

No se trata, entonces, de encontrar al verdadero culpable de un delito, se trata de atacar a los militares por la vía jurisdiccional con el fin de desmoralizarlos, lograr su destitución o, por lo menos, de “inmovilizarlos” por un buen tiempo. “A algunos oficiales la Procuraduría los sanciona por omisión luego de que la Fiscalía no encontró méritos para enjuiciarlos, o la facultad de sancionarlos estaba prescrita (...). Entre tanto, los oficiales pasan meses y años detenidos, su honra se arrastra por el suelo, la Procuraduría los sanciona injustamente, su peculio se ve gravemente afectado por los costos de la defensa, y de ellos que han servido a la Patria con lealtad y desinterés por largos años y con riesgo de sus propias vidas, no se apiada nadie

7 CUERPO DE GENERALES Y ALMIRANTES DE LA RESERVA ACTIVA DE LAS FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA. *Esquilando al lobo*, 2ª Edición, 5ª Parte “Cuando la justicia dispara al lado errado”, la Politización de los DD. HH., p. 324. Ed. Panamericana Formas e Impresos S.A. septiembre de 2002.

(...). Al final queda el amargo sabor de una Patria injusta con sus mejores oficiales, con una justicia que no funciona o funciona torcidamente”⁸.

Se trata entonces de generar lo que se ha dado en llamar “síndrome de no enfrentarse al enemigo”, así se cuente con la ventaja militar. Se pretende entonces conseguir con ello un efecto paralizante no solamente en el oficial acusado sino en los otros oficiales que saben de la inocencia de su compañero de armas.

“Pero lo más peligroso de su acción (de las Farc) se ubica en otro campo: en la infiltración que ha logrado de amigos o agentes suyos en los órganos de investigación del Estado, en la rama judicial y en el Inpec, con el fin de abrir procesos contra los oficiales más exitosos en la lucha armada, a quienes se les ahoga en un fango de falsas imputaciones. La Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, en torno a la cual revolotean el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo y las ONG como Minga, Codhes, Credos y Justicia y Paz, del mismo signo ideológico, solo se ocupa de atender inculpaciones de militares, sin tomar en cuenta el perfil moral de los testigos que los acusan y las dádivas y promesas que les son ofrecidas. De este modo, el militar enjuiciado se encuentra en el apremio angustioso de pagar su defensa, sin más

recurso que el de hipotecar cualquier modesto bien inmobiliario que posea”⁹.

El resultado inocultable de semejante proeza es un saldo de 8 342 militares investigados por la Fiscalía y un creciente y explicable temor que invade a la oficialidad a la hora de enfrentar a la guerrilla. Cualquier baja puede quedar convertida, por obra de un enquistado aparato investigador, en “falso positivo”. Y evitar el combate puede ser el mejor recurso para evitar el riesgo de un manipulado enjuiciamiento. “Cano”¹⁰ lo sabe. Es lo que busca”¹¹.

Luego, la “guerra judicial” que se desarrolla contra las fuerzas militares es una lógica aplicación de la teoría revolucionaria “Del empleo de todas las formas de lucha”. Es una estrategia que adquiere más importancia en la medida que la guerrilla no ha logrado ningún éxito en la reducción de la capacidad de las fuerzas militares a través de la acción armada. La doctrina de la guerra revolucionaria establece que la subversión debe lograr, para aspirar a la victoria, controlar territorio y tener capacidad de enfrentar a las fuerzas del Estado por lo menos a nivel de batallón. Y luego de más de cincuenta años de accionar armado la guerrilla está tan lejos de llegar a estos dos logros como lo estaba al principio. Una acción disponible entonces para afectar la capacidad de combate de las fuerzas militares es manipular la normativa jurídica empleándola hábilmente como arma de guerra.

8 CUERPO DE GENERALES Y ALMIRANTES DE LA RESERVA ACTIVA (CG&A) y ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE OFICIALES EN RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA (Acore). *Bajo el fuego de las presiones*. Prólogo de Rafael Nieto Navia, Ed. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas Javergraf, p.18, abril de 2006.

9 APULEYO MENDOZA, Plinio. “Lo que estamos perdiendo”. En *eltiempo.com* / opinión / columnistas, <Eltiempo.com>. Sábado 3 de octubre de 2009.

10 Alias: Alfonso Cano, máximo cabecilla de la organización narcoterrorista FARC, nombrado por su órgano directivo conocido como el Secretariado, luego de la muerte de Manuel Marulanda Vélez alias “Tirofijo”.

11 Referencia hecha por Plinio Apuleyo Mendoza en su artículo “Lo que estamos perdiendo” (Cfr. 8).

“Resulta paradójico, sin embargo, que todos los días hablemos de Derechos Humanos, del debido proceso, de la presunción de inocencia, del principio constitucional del proceso denominado impugnación; pero cuando los investigados y juzgados son los miembros de las Fuerzas Militares, se violen todos los mencionados axiomas y garantías. La preocupación es evidente, los organismos, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, e instancias judiciales universales y regionales, aun antes de que existan providencias debidamente ejecutoriadas, les están colocando lápidas en el cuello a los seres humanos que diariamente nos permiten en este país tratar de vivir dignamente. Si no hacemos algo, la historia nos juzgará como un pueblo indolente frente al sacrificio de tan pocos hombres a los cuales, en palabras de Churchill, les debemos en realidad tanto”¹².

Ahora bien, la “guerra jurídica” se desarrolla en otras instancias de muy alto nivel, cuando sistemáticamente se logran utilizar los instrumentos legales del Estado en contra de la legitimidad del mismo Estado, cuando en el Congreso se promulgan leyes contradictorias a la naturaleza misma del conflicto y en las altas cortes se profieren providencias que desconciertan a quienes cumplen el sagrado deber de la defensa de sus compatriotas contra las garras del narcoterrorismo, dejándoles el sinsabor de

sentirse desamparados y desprotegidos en un nuevo escenario de confrontación desconocido totalmente y para el que nunca les prepararon. Para algunos analistas esta “guerra jurídica” es la raíz y causa de la “guerra judicial”.

“Lo doloroso de la guerra política es que pasa inadvertida. Quienes la despliegan –el componente sin armas de la subversión– lo hacen bajo el paraguas de los Derechos Humanos –amañando o manipulando la temática–, o a la sombra de la Constitución Nacional –dándole la interpretación que les conviene–, haciendo aparecer sus argumentos como nobles y como inexequible todo lo que no cubre sus intereses. A su vez, el Estado, en especial el gobierno, se deja envolver de todas estas argucias y termina certificando sus puntos de vista y avalando a sus autores como asesores leales del estamento, mientras que en el exterior le dan toda la credibilidad posible”¹³.

Además, aparece ahora un factor externo que incide en el ejercicio de este tipo de confrontación. Con el final de la llamada guerra fría, los Estados occidentales cambiaron sus criterios de evaluación de los gobiernos de los países en desarrollo. El criterio ya no era su alineación con un determinado bloque sino que se fortaleció como criterio su nivel de democracia y el respeto por los derechos humanos. Esto último hace que un país en conflicto, como Colombia,

12 MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. “La Fuerza Aérea colombiana y el Derecho Internacional Humanitario” En: Página web Fuerza Aérea Colombiana, Revista *Derechos y Valores*. Volumen III, N°. 6, Universidad Militar Nueva Granada, noviembre del 2000, p. 12 y ss.

13 Cuerpo de Generales y Almirantes de la Reserva Activa de las Fuerzas Militares de Colombia, *Esquilando al lobo*. 1ª Parte, “Un país en ascuas (Terrorismo y guerra política)”, Cap.VII. “La Conspiración”, 2ª Edición. Ed. Panamericana Formas e Impresos S.A. septiembre de 2002, p. 97.

sea susceptible de ser acosado internacionalmente mediante la manipulación que se produce con la “guerra judicial” y la “guerra jurídica”, aunque detrás de esto aparecen también mezquinos intereses de lucro por organizaciones que se hacen parte de la situación, abanderando supuestamente la temática humanitaria.

“La manipulación del tema de los Derechos Humanos va más allá de ser una táctica dedicada a buscar la destitución de militares. También sobrepasa el objetivo de afectar las relaciones del país, y entorpecer o evitar la ayuda que recibe del exterior para enfrentar a la narcosubversión. Ahora, es además un negocio millonario en dólares, que no es cualquier cosa. Ya son muchos los casos que están en curso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un caso recientemente fallado, esta Corte sobrepasó su mandato para otorgar, con muy dudosos argumentos, millonarias reparaciones a los parientes (parentesco en algunos casos dudoso) de supuestas víctimas del Estado, por acción u omisión”¹⁴.

La sagacidad de la acusación está en mezclar unas pocas verdades con unas virulentas mentiras.

“Desde el mismo momento en que se conoce de la operación o los hechos, dichas organizaciones entran a tratar de convencer y motivar a las familias de los guerrilleros caídos en la acción militar, instigándolas para que nieguen el nexo de su familiar con la guerrilla e instru-

yéndolas para que exijan cuantiosas indemnizaciones. Y para efectos de lograr su cometido la ONG incitadora nombra a uno de sus abogados para que se convierta en parte civil del proceso, eleve las demandas que considere necesarias contra el Estado y lleve el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que lo surta, y la Corte profiera la sentencia condenatoria contra el Estado, obligándolo a pagar las desmedidas indemnizaciones...”¹⁵.

La reflexión continúa examinando ángulos diversos para una mejor aproximación:

“Todo un negocio redondo, en donde las víctimas en realidad no son importantes, como no sea para darles la representación para actuar, desprestigiar y cobrar. En realidad lo importante es el objetivo político de condenar al Estado y las FF. MM. como autoras de grandes violaciones a los DD. HH. que permitan ocultar tras la propaganda los terribles crímenes que las guerrillas cometen contra el pueblo colombiano. Y, de contra, las millonarias indemnizaciones conseguidas en los procesos internos, o en los estrados de la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde por falta de defensas consagradas con Colombia, están llenado sus arcas de una manera descomunal. Se supone que estas ONG son de DD. HH. y que las indemnizaciones no los mueven más allá de buscar justicias y que por lo mismo esos dineros obtenidos irían completos a las víctimas. Pero no, la

14 POSADA SAMPER, Miguel. “Un complot en formación”. En: *Revista del Ejército*, junio de 2008.

15 COLECCIONES CGA. *La justicia injusta*. Documentos del Cuerpo de Generales y Almirantes de la Reserva Activa de las Fuerzas Militares de Colombia, Volumen 21, 1ª Edición, p. 10, Bogotá DC, julio de 2009.

16 VARGAS QUEMBA, Fernando. “El gran negocio de los Derechos Humanos o el lucrativo negocio de las ONGs”. En: *Revista DEMIL*, publicación de la Defensoría Militar Integral para los miembros de la Fuerza Pública, abril 2008.

cosa no es así con ellos. Es que la plástica les encanta a estos ‘defensores de Derechos Humanos’. Entre nosotros, la cosa parece más cruda. Se rumoran muchas irregularidades, que van desde la desaparición de las víctimas, luego de firmar los poderes, hasta la compra por sumas irrisorias del monto de la indemnización”¹⁶.

Estas artimañas jurídicas se sustentan en denuncias manipuladas por crímenes de lesa humanidad, y con mayor saña, desde la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional. La estrategia es sencilla; resulta muy difícil la tipificación en Colombia del crimen de genocidio, a quienes cometen dicho crimen, pero sí se hace altamente exigente la persecución de agentes del Estado, que actúen dolosamente y bajo el marco de una política estatal, con el fin de perseguir, atacar y destruir a un sector de la población con especiales caracteres: los militares. Tal vez lo ocurrido en esta comunidad militar permita entender por qué los derechos humanos han sido utilizados contra nosotros, como una arma de confrontación.

“Fábricas de infundios: nadie en el ámbito internacional se ha tomado, sin embargo, el trabajo de averiguar de dónde salen estas acusaciones. Porque ni el Departamento de Estado ni Human Rights Watch o Amnistía Internacional realizan directamente en Colombia investigaciones de campo. Se limitan a reproducir los informes de algunas ONG cuyos objetivos y fachadas consideran muy respetables y a tomar nota de los cargos contra los militares recogidos por la llamada Unidad de Derechos Humanos de

la Fiscalía. Nunca escuchan a los sindicados. De antemano los consideran culpables... Las ONG colombianas como el Centro de Investigaciones y Educación Popular, Cinep, la Comisión Colombiana de Juristas y el Comité Intercongregacional Justicia y Paz, que en buena parte son responsables de estos informes, no son ni tan objetivas ni tan inocentes como parecen (...)”¹⁷.

En otras palabras, las FARC, maestras en el arte de la combinación de todas las formas de lucha, por su perfil marxista-leninista, y su visión igualmente radical de la “guerra popular prolongada” aplicada por Mao, han comprendido y aplicado desde hace mucho tiempo, la teoría según la cual “los Derechos Humanos son una carga que debe asumir el Estado” (visión ortodoxa), por lo tanto existirá siempre responsabilidad estatal por violaciones a los derechos humanos cometidos por miembros de la fuerza pública o por los mal denominados paramilitares; por eso los llaman así, por asemejarlos dentro de la guerra política, jurídica y psicológica a las fuerzas del orden. Igualmente, habrá responsabilidad estatal por violaciones al DIH, pero esta se podrá extender a la responsabilidad personal de los agentes del Estado. Así, y con la ayuda de las ONG, y la ignorancia e infiltraciones de ciertos personajes en los organismos oficiales, han logrado vincular a muchos miembros de las fuerzas militares y de policía en procesos penales, disciplinarios, fiscales y administrativos; y lo más grave, han conseguido el propósito fijado desde la sexta conferencia de las FARC en 1982: desprestigiar a la cúpula militar, sobre todo en el exterior. Muestra de ello es el alto número

17 APULEYO MENDOZA, Plinio. *Derechos Humanos ¿Arma de guerra?*. Portal Militar, Comunidad dedicada al estudio de la historia (reproducción autorizada por la revista *Cambio*). Consultada por Internet 23 de abril 2011, <<http://www.europa1939.com/documentos/index.html>>.

de casos juzgados de generales por supuestos delitos de lesa humanidad.

La actuación de la fuerza pública dentro del DIH y el DICA

Si se quiere entender la importancia del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en Colombia y la vinculación directa con dichas normas, basta observar el artículo 214 (2) de la Constitución Política, relacionado con los estados de excepción. Allí se precisa que en todos los casos en Colombia (y esto incluye los estados de excepción como conmoción interior) se respetarán las reglas del DIH. Asimismo, en la Sentencia de la Corte Constitucional C-291/2007, que por bloque de constitucionalidad incorpora y reconoce las normas del DIH dentro del ordenamiento jurídico colombiano¹⁸. Esto significa que el Estado debe garantizar a través de sus políticas gubernamentales el cumplimiento de los preceptos sobre la materia.

Quienes más deben conocer del tema del Derecho Internacional de los conflictos armados (DICA) y del DIH deben ser las personas que planean las operaciones. Las personas que hacen el proceso de la inteligencia militar. Ellos determinan la necesidad militar del objetivo así como la proporcionalidad; ahora bien, se debe hacer una interpretación correcta de las normas del DICA, cuando se aplican a un conflicto interno, CANI¹⁹, a una guerra de guerrillas, a una guerra prolongada. No hay error más grave que trasladar normas de un conflicto internacional, a un conflicto

de guerra irregular. Eso es lo que se intenta en la guerra jurídica y judicial; no debemos caer en tan terrible error. En una guerra de guerrillas, los principios de distinción y proporcionalidad son mutables, no absolutos. Esto está respaldado jurídicamente, hay que hacerle ver esto a quienes planean y mandan las operaciones.

Es necesario crear una cultura institucional sobre el DICA, pero sustentada no en represión o coerción frente al aprendizaje, sino en estímulo. El aspecto psicológico en la recuperación de la confianza de las tropas es esencial, de ahí la importancia del conocimiento y aplicación del Modelo Único Pedagógico MUP²⁰ para implementación de esa cultura. Y de preparar a quienes van a asesorar a los mandos en todos los niveles con programas académicos de educación superior a toda prueba, como las especializaciones y la maestría en Derecho Internacional de los conflictos armados²¹, donde la investigación y el debate en sano disenso generen soluciones a la problemática humanitaria utilizada por el adversario en contra de la legitimidad de las instituciones del Estado.

El DIH y el DICA no están concebidos para evitar la guerra, ni para evitar las consecuencias desastrosas de un conflicto bélico; estas normas están orientadas a regular y limitar los efectos de las acciones militares. Se debe aprender a enfrentar y contrarrestar la guerra jurídica y judicial, la psicológica y de medios. En efecto, si uno conoce qué es lo que hace el enemigo en su accionar, se

18 Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

19 Sigla empleada internacionalmente para referirse a un Conflicto Armado de Carácter No internacional (CANI).

20 Modelo Único Pedagógico, MUP, estructurado en siete (7) niveles de capacitación en derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario para los miembros de la fuerza pública, contemplado como una de las estrategias de respuesta al conflicto, en la política integral de DD. HH. del Ministerio de Defensa Nacional.

21 Programa académico de postgrado de la Escuela Superior de Guerra, único en el país y aprobado por el Ministerio de Educación Nacional con registro calificado otorgado mediante Resolución N° 10334 y ofrecido a los profesionales en todas las áreas del conocimiento.

destruye la prevención de no actuar por el temor a errar y las implicaciones jurídicas que conlleva.

Por ello, la doctrina operacional establecida en el manual militar debe ser reevaluada y acondicionada a un nuevo orden jurídico, pero debidamente soportada por expertos en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. Ese el primer paso en la estrategia, y se trata de pensar primero en arreglar la casa. Los manuales militares son carentes de soporte, fundamento, fuentes y sobre todo, de referencias jurídicas y precedentes jurisprudenciales.

Es necesario, entonces, revalorar dentro del Manual de Derecho Operacional²², el tema del objetivo militar y acondicionarlo a lo que enseñan las normas de Derecho Internacional de los conflictos armados, aplicables en un conflicto interno, en donde se deben tener en cuenta las normas de los cuatro convenios de Ginebra, planteados por su artículo 3; e igualmente las normas del Protocolo II adicional de 1977 y sobrepuestas, las normas del Derecho de La Haya. Si no se entiende esto, desde ahí mismo, se pierde la ventaja sobre el enemigo.

Al reconocerse la existencia del conflicto (de hecho, internacionalmente todos los organismos de derechos humanos lo reconocen), la aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, el protocolo II y otras normas del Derecho de La Haya, colocan contra la pared a los contraventores principales, como las FARC, el ELN y las Bacrim o AUI, abriéndose toda la posibilidad de atacarlos con la misma arma que han utilizado contra nosotros: los derechos humanos. ¿Con

cuál herramienta?: la denuncia. ¿Ante quién? Ante la Comunidad internacional. ¿Por qué medios? Todos, pero prioritariamente a través de fachadas en medios de comunicación, páginas de Internet, las ONG u otros medios conocidos. Esto replantearía el trabajo de las agencias diplomáticas del Estado, que poco o nada hacen en este tema.

La estrategia de respuesta

Luego, lo primero que deben hacer las fuerzas militares es replantear su doctrina operacional, sustentarla, mejorarla y acondicionarla a las nuevas situaciones planteadas con el reconocimiento expreso del conflicto colombiano con carácter no internacional por el Estado. Este no es un trabajo que se pueda hacer de un día para otro, ni un trabajo enclaustrado; por el contrario, debe ser un esfuerzo multidisciplinario y proyectado para su realización en un mediano plazo.

El siguiente paso debe ser crear en el Ejecutivo la necesidad de brindar confianza a los integrantes de sus fuerzas militares y de policía, a través de pronunciamientos tendientes a mostrar la necesidad de operar en defensa legítima de una democracia gravemente agredida, reconociendo que los daños colaterales hacen parte indiscutiblemente de la guerra, que es humana.

Es impostergable el explicar con claridad a los miembros de las Fuerzas Armadas cuál es la intención de guerra jurídica y judicial del enemigo; no hay que guardar silencio, hay que decirles la verdad, prepararlos como se les prepara en otros campos, para afrontar este peligro silencioso e inminente.

22 Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares de Colombia, aprobado oficialmente por el Comando General el 15 de diciembre de 2009, actualmente en revisión por el Departamento de Doctrina Conjunta.

La comprensión de que estamos en guerra, que hay que operar por la seguridad del pueblo, que el objetivo militar no se debe abatir, aunque la posibilidad de error exista, debe ser una prioridad.

Pero a la vez, asumir como Estado la responsabilidad de brindarles la debida defensa técnica judicial en los estrados de la jurisdicción que los juzgue, dada por el mismo Estado en forma integral para todos los posibles procesos que se deriven de sus actuaciones en cumplimiento a órdenes de operaciones militares debidamente planeadas en el marco de la Constitución y la ley.

La salida para la protección de las tropas en operaciones está en las mismas normas jurídicas, pues no se necesita ni un ápice más en normas tanto externas como internas. Lo que se ha utilizado como arma de guerra es la interpretación de las mismas frente a la gran ignorancia de quienes están en la institucionalidad. Lo que cambia las cosas es que mientras los grupos al margen de la ley tienen grupos interdisciplinarios muy bien estructurados, adentro y afuera, nuestras instituciones siempre contratan lo que pueden, que no es lo mejor ni más conveniente a cada caso.

El reconocimiento del conflicto armado nos brinda igualmente la oportunidad de exigir diariamente, a través de acción psicológica, que los miembros de grupos armados al margen de la ley se distingan de la población civil, que no utilicen a civiles como escudos humanos. Tres o cuatro operaciones de inteligencia, aerofotografía, seguimientos

y publicación en medios mostrando lo que están haciendo, utilizando sus mismas actuaciones contra la legalidad y el orden constitucional nos serviría de pilar para empezar a preconstituir las pruebas, antes de las operaciones. Esto es lo que ellos hacen todos los días, utilizando medios de comunicación, páginas de Internet, pasquines como *Noche y Niebla* del Cinep, el proyecto Nunca Más, del ELN y la manipulación de informes de altas instancias nacionales e internacionales, entre otros.

Quiero significar, finalmente, que si no existe una visión en conjunto del conflicto, mucho menos se podría hablar en Colombia de acción integral; así mismo, deseo indicar que si no se comprende cuál es la verdadera naturaleza de guerra que enfrentamos, de nada sirve colocar a disposición de la nación la sangre de tantos héroes; este es el único país en el mundo en donde se cuestiona hasta la capacitación de los miembros de la fuerza pública para enfrentar una amenaza enriquecida por el narcotráfico.

El “síndrome” se acabará cuando la ignorancia de las tropas se desvanezca. La tarea es riesgosa, pero jurídicamente siempre existirá defensa. Lo que le deben enseñar a un militar es que su actuación en las operaciones y en cumplimiento de su sagrado deber del servicio a la patria podrá dar lugar a investigaciones, pero si ha actuado dentro del cauce de la legalidad estará salvaguardado del accionar de la guerra jurídica y judicial, protegido por nuestra Constitución como el supremo escudo de la legitimidad.

BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones

CUERPO DE GENERALES Y ALMIRANTES DE LA RESERVA ACTIVA (CG&A) y ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE OFICIALES EN RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA (Acore). *Bajo el fuego de las presiones*. Bogotá, Editorial Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas Javegraf, abril de 2006.

COLECCIONES CGA. *La justicia injusta*. Documentos del Cuerpo de Generales y Almirantes de la Reserva Activa de las Fuerzas Militares de Colombia. Bogotá, 1ª Edición, Volumen 21, julio de 2009.

_____. *La defensa de la Institución Militar, un imperativo histórico*. Documentos del Cuerpo de Generales y Almirantes de la Reserva Activa de las Fuerzas Militares de Colombia, Bogotá, Volumen 18, junio de 2008.

COMANDO GENERAL FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA. *Modelo único Pedagógico Didáctico -MUP- para la Formación en Derecho Internacional de los Derechos Humanos -DIDH- y Derecho Internacional Humanitario -DIH- de los miembros de las Fuerzas Militares*. Inspección General CGFM, Oficina de DDHH y DIH. 2009.

CLAVIJO, Adolfo. *Espejo retrovisor*, Ed. Federación de ONGs “Verdad Colombia”, Impreso por Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá DC., abril de 2007.

ESQUIVEL TRIANA, Ricardo. *Colombia indefensa*. Bogotá, Editorial Planeta Colombiana, S.A., 1ª Edición, abril de 2001.

FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA – Comando General, *Cartilla de Trabajo Instrucciones generales sobre la Doctrina de Acción Integral*. Imprenta del Comando General, 2006.

GÓMEZ SIERRA, Francisco. *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá, Editorial Leyer, 22ª Edición Anotada, junio de 2006.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. *Política integral de Derechos Humanos y*

Derecho Internacional Humanitario, Ed. Comunicaciones Mindefensa, Bogotá DC, Colombia. 2008. <www.mindefensa.gov.co. comunicaciones@mindefensa.gov.co>

_____. *Política de Consolidación de la Seguridad Democrática -PCSD*. Imprenta Nacional de Colombia, 2007.

VARGAS QUEMBA, Fernando. *Comunidades de Paz: estrategia de guerra*. Bogotá, Editora Litotécnica, febrero 2006.

_____. *Un país sin derechos*. Bogotá, Editora Litotécnica, 6ª Edición, agosto 2005.

Artículos y otras referencias

APULEYO MENDOZA, Plinio. “Derechos Humanos ¿Arma de guerra?”. En: Portal Militar, comunidad dedicada al estudio de la historia (Reproducción autorizada por la revista CAMBIO). Consultada por Internet 23 abril 2011, <<http://www.europa1939.com/documentos/index.html>>.

_____. “Lo que estamos perdiendo”. *El tiempo.com / opinión / columnistas*, <eltiempo.com>, sábado 3, octubre de 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-291 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Accionante: Fabio Valencia Villa, Expediente D-6476, 25 abril de 2007.

MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. “La Fuerza Aérea colombiana y el Derecho Internacional Humanitario”. Página web Fuerza Aérea Colombiana. En: *Revista Derechos y Valores*. Universidad Militar Nueva Granada. Volumen III, N°. 6, noviembre del año 2000, p. 12 y ss.

POSADA SAMPER, Miguel. “Un complot en formación”. En: *Revista del Ejército*, junio de 2008.

VARGAS QUEMBA, Fernando. “El gran negocio de los Derechos Humanos o El lucrativo negocio de las ONG”. En: *Revista DEMIL*, Publicación de la Defensoría Militar Integral para los miembros de la Fuerza Pública, abril de 2008.

FUNCIÓN DE LA PENA MILITAR POLICIAL

LA PREVENCIÓN GENERAL COMO CRITERIO DE EXCLUSIÓN DE LA CONDENA CONDICIONAL

*Mayor General FAP Arturo Antonio Giles Ferrer¹
Coronel FAP Jorge Félix Ampuero Begazo²*

RESUMEN

Los autores del presente estudio han definido dos problemas relevantes que afectan tanto a la parte penal como procesal del Código Penal Militar Policial (CPMP): uno principal y el otro secundario. El principal está referido a la ausencia de desarrollo y explicación de la función sancionadora y preventiva de la pena militar policial; mientras que el secundario se relaciona con la débil regulación de este Código establecida para la condena condicional en el Fuero Militar Policial, lo que genera la cuestionada aplicación supletoria del Código Penal por parte de los operadores jurisdiccionales y fiscales militares y policiales, vía el artículo XV del Título Preliminar del CPMP, concordado con el artículo 30 de la Ley N° 29182 de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, problema que se agrava con la entrada en vigencia, el 20 de agosto de 2013, de la Ley N° 30076 que derogó la única denominación de “condena condicional” que se encontraba en el artículo 58 del Código Penal. Aspecto principal y medular de este trabajo es la alternativa de solución propuesta para ambos problemas, lo que se logra con la teoría de la prevención general de la pena, cuya solvencia doctrinal y constitucional no

61

1 Vocal Supremo del Fuero Militar Policial, magíster en Derecho Penal y doctor en Derecho.

2 Vocal Superior Institucional de la FAP del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, magíster en Derecho Penal Militar.

deja dudas de su consistencia y permite desarrollar la doctrina del Derecho Penal Militar policial que se desprende de la interpretación de esa “especial naturaleza” del CPMP a que hace referencia su artículo XV.

Palabras clave

Teorías de la pena, prevención general negativa, prevención general positiva, función de la pena militar policial y condena condicional.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Descripción de la realidad

A lo largo del presente año se ha tenido la oportunidad de observar, tanto en el ámbito académico como funcional, que operadores jurisdiccionales y fiscales de la justicia militar policial han puesto de manifiesto los problemas que experimentan al momento de interpretar y aplicar diversas instituciones penales y procesales del vigente CPMP.

Así tenemos que en la parte penal se ha encontrado dificultades sobre el delito de función, el bien o bienes jurídicos que son lesionados o puestos en peligro por dicho ilícito, la falta de descripción o explicación de sus elementos normativos (acto de servicio o con ocasión de él, por ejemplo), la determinación de la pena, la aplicación de la condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena, entre otros aspectos polémicos. Mientras que en la parte procesal, son materia de apasionados debates el modelo procesal adoptado por el CPMP, su repercusión en las funciones de los juzgadores y fiscales, los requisitos para dictar prisión preventiva, la pertinencia de la prueba de oficio y de la nueva prueba, etc.

Pero el núcleo de la polémica alrededor del cual giran las anteriores discusiones, viene a ser la existencia del artículo XV del

Título Preliminar del CPMP, que regula la aplicación supletoria de este cuerpo legal y que lo remite, en caso de vacío o defecto, a las normas previstas en los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos y fines de ese Código especial, el cual debe concordarse con el citado artículo 30 de la Ley N° 29182. Creemos que es el uso y abuso de esta remisión supletoria por parte de los operadores jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar Policial, el que, al parecer, ocasiona que en gran cantidad de casos se desnaturalicen las funciones de las partes penal y procesal del CPMP, sin tener en consideración que muchos de los problemas que experimentan en su accionar jurisdiccional y fiscal se pueden solucionar aplicando esa especial naturaleza y fines del CPMP, sin necesidad de recurrir a la aplicación supletoria del precitado artículo XV.

Sin embargo, no se ha podido encontrar material normativo, jurisprudencial o doctrinal que desarrolle la forma en que debe efectuarse la aplicación supletoria establecida en el artículo XV del CPMP, lo que orientaría el accionar de los jueces y fiscales militares policiales. Esta carencia es un problema relevante en el ámbito penal y procesal del Fuero Privativo Militar, puesto que trae consigo una desordenada y hasta anárquica aplicación del CPMP, que atenta contra la seguridad jurídica y genera un riesgo de desprestigio de nuestra Institución, motivo por el cual obliga a los operadores a redoblar esfuerzos en pos de encontrar alternativas de solución a dicho problema, con el auxilio de valiosas herramientas metodológicas proporcionadas por la investigación científica y la dogmática penal.

Y una de esas alternativas de solución que planteamos consiste en desarrollar la función de la pena en el CPMP, que como en el caso del artículo XV de este código, tampoco cuenta con material normativo o

jurisprudencia que la definan, ni estudios doctrinales que la expliquen, siendo necesario su tratamiento porque va a permitir la aplicación de instituciones propias del CPMP, sin necesidad de recurrir a otras reguladas en los códigos comunes.

Si bien la función de la pena militar policial ha sido definida por el inciso 1 del artículo IX del Título Preliminar del CPMP como sancionadora y preventiva, tal función no es aplicada por nuestros jueces y fiscales, posiblemente debido a que no ha sido desarrollada doctrinariamente, por lo que no es entendida en su real e íntegra dimensión. No es tarea de la ley desarrollar esta institución penal. Ya bastante ha hecho con definirla en esa forma, por lo que corresponde a la doctrina explicar sus alcances. Entonces, de aquí va a partir el problema principal del presente trabajo, que va a ser definido en el siguiente título.

Pero no es suficiente desarrollar doctrinariamente la función de la pena militar policial. También es necesario poner a prueba su eficacia y esto lo haremos aplicándola a un problema secundario, para lo cual hemos escogido a la famosa condena condicional regulada fantasmalmente en los artículos 40, 50 y 329 del CPMP.

Según lo observado en las salas del Tribunal Supremo Militar Policial y en algunos juzgados y fiscalías bajo la jurisdicción del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, la condena condicional es la alternativa que escogen algunos jueces, fiscales y vocales penales militares para que se sancione los delitos de función en que incurrn militares y policías en actividad. Lamentablemente, tal afirmación no ha podido ser corroborada por

estadísticas oficiales que nos hubieran permitido establecer la cantidad precisa de procesos a nivel nacional que cuentan con sentencias condenatorias a pena privativa de la libertad efectiva y a condena condicional. Sin embargo, podemos emplear una muestra de estadísticas, correspondientes a los procesos tramitados en los juzgados militares policiales, para inferir la cantidad de penas privativas de libertad efectiva y condenas condicionales empleadas.

TOTAL DE PROCESOS TRAMITADOS CONFORME AL CPMP 2010 EN LOS JUZGADOS MILITARES POLICIALES EN EL AÑO 2012³

Área	Investigación preparatoria	Intermedias	Total	Autos de enjuiciamiento
Norte	1946	130	2076	89
Centro	3153	760	3913	25
Sur	1124	506	1630	26
Sur Oriente	759	256	1015	115
Oriente	412	31	443	01
Total	7394	1683	9077	256

En el cuadro precedente podemos ver la diferencia abismal existente entre los procesos que llegan a tener autos de enjuiciamiento y los otros que no lo tienen, deduciendo que si no se ha llegado a dictar tal resolución en gran parte de esa mayoría de expedientes es porque se ha optado por acuerdos previos donde la principal característica es que el encausado ha dado su anuencia a tal decisión, porque ha aceptado una condena condicional en lugar de una pena privativa de libertad efectiva, mientras

que el fiscal también ha consentido que se otorgue tal beneficio.

En tales acuerdos se estaría aplicando la condena condicional, confundiéndola con la suspensión de la ejecución de la pena que está regulada en los artículos 57 al 61 del Código Penal, por lo que el segundo problema que se plantea, gira en torno al cuestionamiento sobre si su aplicación en el Fuero Militar Policial es pertinente por así permitirlo el artículo XV del Título Preliminar del CPMP; o no es procedente por cuanto iría contra la naturaleza y fines de este último código. Veremos si la función de la pena militar policial da solución a este problema.

Si bien la opción por la condena condicional estaba cuestionada por su benignidad y por no estar acorde con la especial naturaleza del CPMP, tal cuestionamiento se ha agravado con la dación de la Ley N° 30076 – Ley que modifica los Códigos Penal, Procesal Penal, de Ejecución Penal y de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, debido a que a partir del 20 de agosto del año pasado en que entró en vigencia, entre otras disposiciones, modifica el artículo 58 del Código Penal y deroga la única denominación de la condena condicional, sustituyéndola por la suspensión de la ejecución de la pena, con lo que ya no hay posibilidad de acudir al artículo XV del CPMP. Este nuevo contexto hace más imperiosa la necesidad de definir la procedencia o no de la condena condicional en el Fuero Militar Policial.

2. Antecedentes del estudio

No existe antecedente directo ni indirecto, sobre trabajos relacionados al presente tema en el ámbito académico de la jurisdicción militar policial, lo que se ha constatado con la indagación realizada en las bibliotecas del Tribunal Supremo Militar Policial y de su Academia de la Magistratura.

3. Definición del problema

a) Problema principal

¿Cuál es la función sancionadora y preventiva de la pena a que se refiere el inciso 1 del artículo IX del Título Preliminar del CPMP y por qué teorías está orientada predominantemente?

b) Problema secundario

¿Cómo pueden los fiscales y jueces del Fuero Militar Policial ejercer la facultad de proponer y aplicar, respectivamente, la condena condicional regulada en el CPMP?

4. Delimitación del problema

a) Delimitación temporal

La investigación se realizó en el periodo correspondiente a los últimos tres años, contados desde la publicación del Decreto Legislativo N° 1094, que aprueba el CPMP (1 de septiembre de 2010).

b) Delimitación espacial

Físicamente, el ámbito geográfico de la investigación abarcó a la capital de la República y a la circunscripción del Fuero Militar Policial y del Tribunal Constitucional.

c) Delimitación social

Las unidades de análisis objeto de estudio fueron las sentencias del Tribunal Constitucional que desarrolla los fines de la pena y las estadísticas de los órganos jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar Policial, relacionadas a los acuerdos plenos y procesos elevados a juicio oral.

d) Delimitación conceptual

Se delimita conceptualmente por las variables de estudio relacionadas a teorías de la pena y a los conceptos de función de la pena,

finés de la pena, suspensión de la ejecución de la pena y condena condicional.

5. Universo y muestra

a) Universo

Se deriva de la delimitación social y justifica la realidad y la investigación de campo. En tal sentido, el universo de investigación está conformado por las sentencias del Tribunal Constitucional, relacionadas al tratamiento que da a la función y fin de la pena, y por los procesos que se tramitan en la Justicia Militar Policial.

b) Muestra

Para conseguir una mejor calidad de la información del trabajo de campo, se ha tomado una muestra de las sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas al tratamiento que da a la función y fin de la pena. Se trata de un muestreo probabilístico aleatorio simple. El mismo tipo de muestreo se ha aplicado en el caso de los procesos de la justicia militar policial escogidos, siendo la muestra seleccionada la correspondiente a los procesos tramitados en el año 2012 en todos los juzgados militares policiales del país y cuyo cuadro estadístico se ha detallado en el título referente a la descripción de la realidad.

Con relación a las sentencias del Tribunal Constitucional, se han elegido las siguientes:

- STC N° 0019-2005-PI/TC del 21 de junio de 2005.
- STC N° 0012-2006-PI/TC del 15 de diciembre de 2006.
- STC N° 0014-2006-PI/TC del 19 de enero de 2007.
- STC N° 00033-2007-PI/TC del 13 de febrero de 2009.
- STC N° 0012-2010-PI/TC del 11 de noviembre de 2011.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN, MÉTODO E HIPÓTESIS

1. Objetivo general

Desarrollar doctrinariamente la función sancionadora y preventiva de la pena militar policial, regulada en el inciso 1 del artículo IX del Título Preliminar del CPMP.

2. Objetivo específico

Definir el criterio que deben seguir los fiscales y jueces del Fuero Militar Policial para la aplicación de la condena condicional, con la orientación de la función de la pena militar policial y sin necesidad de recurrir a la aplicación supletoria establecida en el artículo XV del Título Preliminar del CPMP.

3. Método

Dos son los métodos que se han seguido en la presente investigación. Para definir los problemas y plantear las hipótesis, se ha empleado las reglas de la metodología de la investigación científica y para lograr los objetivos trazados en el presente capítulo se ha optado por el método dogmático.

4. Formulación de hipótesis

a) Hipótesis general

La función sancionadora y preventiva de la pena establecida en el inciso 1 del artículo IX del Título Preliminar del CPMP está orientada, predominantemente, por las teorías de la prevención general en sus vertientes negativa y positiva.

b) Hipótesis específica

La función preventiva general de la pena militar policial es el criterio doctrinal que va a permitir a los operadores jurisdiccionales y fiscales decidir sobre la aplicación de la condena condicional sin necesidad de

recurrir al artículo XV del Título Preliminar del CPMP.

FUNCIÓN DE LA PENA MILITAR POLICIAL: PREDOMINANCIA DE LA PREVENCIÓN GENERAL

1. Teorías de la pena

Varios tratadistas de Derecho Penal consideran a la pena como un mal necesario o restricción⁴ que, en términos de Luigi Ferrajoli, “constituye un coste que tiene que ser justificado”⁵, por tratarse de la medida más dura que emplea el Estado y que tiene que ver con la limitación de la libertad.

Una de las formas de efectuar esta justificación es a través de las teorías de la pena, que no solo tendrían este fin sino, también, le darían sustento científico a nuestro trabajo, por el prestigio y reconocimiento global de los juristas que las sustentan, motivo por el cual pasaremos a desarrollarlas resumidamente.

La teoría de la retribución absoluta, cuyos exponentes son Kant y Hegel, le encuentra sentido a la pena con la imposición de un mal que mercedamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente, desvinculada de su efecto social; es decir, la pena no cumple ninguna función social. Actualmente, la doctrina y la jurisprudencia nacionales la consideran como una teoría que no solo carece de todo sustento científico, sino que es la negación

absoluta del principio-derecho a la dignidad humana en términos de la teoría principialista de Ronald Dworkin⁶, entre otros cultores de esta teoría.

Cosa distinta sucede con las **teorías de la prevención** por cuanto en estas se atribuye a la pena una función social, cual es hacer desistir al autor de futuros delitos, por lo que su solidez científica es ampliamente reconocida. Dentro de esta vertiente se encuentran la prevención especial y la prevención general, ambas con sus divisiones positivas y negativas.

Comenzamos con la **prevención especial** de la pena, que centra su finalidad en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. Actúa sobre el culpable, a fin de desalentarlo a que en el futuro vuelva a cometer nuevos injustos penales. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases, que le dan sustento a la prevención especial negativa y a la prevención especial positiva: a) la primera, se enfoca en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) la segunda, en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad.

Por otro lado, tenemos la **teoría de la prevención general**, a la cual la doctrina le confiere las funciones de intimidar a la comunidad

4 Así tenemos: a CARRARA, “mal que de conformidad con la ley, el Estado impone a quienes con la forma debida son reconocidos como culpables de un delito”; y a Cuello Callón, “sufrimiento impuesto por el Estado en ocasión y ejecución de una sentencia impuesta al culpable de una infracción penal”.

5 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, editorial Trotta S. A., (1989) p. 209.

6 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, editorial Ariel. (2002).

con castigos para que sus integrantes no cometan en el futuro hechos antijurídicos, así como de crear conciencia jurídica en ella, con leyes justas y debidamente aplicadas. Tiene reconocimiento constitucional en el artículo 44 de nuestra Carta Magna. Como puede verse, a diferencia de la prevención especial, este tipo de prevención circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo. También tiene dos vertientes: la **prevención general positiva**, que asigna a la pena la función real de asegurar la fidelidad de los asociados al orden constituido y a las instituciones (G. Jakobs), o la estabilización de la conciencia del Derecho a partir del entendimiento de este como una forma más de control social (W. Hassemer) y la **prevención general negativa** que atribuye a la pena como función disuadir a los ciudadanos mediante la amenaza de esta o su utilización (Ross y Feuerbach).

Finalmente, tenemos las **teorías de la unión**, que se dividen en dos: las teorías unificadoras retributivas, que consideran a la retribución, la prevención general y la especial como fines de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en su justo equilibrio. Y la teoría unificadora preventiva, basada en el entendimiento de que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena, no pudiendo entrar en consideración la retribución y siendo el principio de culpabilidad el medio de limitación de la intervención. Esta última teoría es la más respetable en la doctrina penal, siendo su representante más notorio Claus Roxin.

Queda ahora establecer cuál es la teoría de la pena que ha adoptado nuestro sistema penal, para darle sustento a la función de la pena militar policial, no sin antes revisar la

posición del Tribunal Constitucional debido a que su jurisprudencia se ha convertido en vinculante.

2. Fines de la pena desde la perspectiva del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, en profusas y copiosas sentencias⁷, ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena, por convertir al penado en objeto de la política criminal del Estado y negarle su condición de persona humana, adoptando las teorías preventivas, tanto la especial como la general, por gozar de protección constitucional directa, en tanto sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad y con la doble dimensión de los derechos fundamentales.

Para establecer la clase específica de prevención especial o prevención general escogida, es decir, si es positiva o negativa, ese colegiado toma como criterio de interpretación al Estado social y democrático de derecho, que es un principio que, dada su configuración, resulta de ineludible atención por parte del Estado cuando ejerce el *ius puniendi*, que se encuentra consagrado en los artículos 3, 43 y 51 de la Constitución. El Tribunal Constitucional lo sustenta en los principios básicos de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Este modelo pretende conseguir la mayor efectividad de los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; dotándolos de una base y un contenido

7 Véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N°s. 0019-2005-PI/TC, 0012-2006-PI/TC, 0014-2006-PI/TC, 00033-2007-PI/TC y 0012-2010-PI/TC.

material a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca.

Así, la función de la pena no puede encontrarse desvinculada de la función que a su vez cumple el Estado. Es por ello que el Tribunal Constitucional se remite doctrinariamente a lo que sostiene Mir Puig, cuando afirma que existe una vinculación axiológica entre la función de la pena y la función del Estado y que “No solo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte general del Derecho Penal”⁸.

68

En un Estado social y democrático de derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí misma, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la norma fundamental le reconoce a toda persona. Conforme a ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena, con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros.

Lo expuesto obligó al máximo intérprete de la Constitución a precisar cuáles son los fines de la pena en el Estado democrático y social de derecho, lo que efectuó en la sentencia recaída en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC, de la siguiente manera:

“(…) las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evi-

tar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en:

‘(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)’ (artículo 44 de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2 de la Constitución).

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, esta debe orientar-

se a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución) [FJ 40]”.

En los anteriores fundamentos de la sentencia glosada, expresamente se hace mención a la prevención general negativa y a la prevención especial positiva, cuyos fines son considerados como constitucionales y, por lo tanto, orientadores de nuestro ordenamiento penal. Sin embargo, no debe dejarse de lado el fin de prevención general en su vertiente positiva, que también se infiere de la lectura de ese fundamento jurídico, pero de manera tácita. Posteriormente, el Tribunal Constitucional lo reconoce expresamente en el fundamento 18 de la STC N° 0012-2010-PI/TC, como un fin constitucional de la pena, en los términos siguientes:

“18. En segundo lugar, la medida tiene por finalidad que la imposición de la pena cumpla de manera efectiva con el fin de prevención general en su vertiente positiva. Claus Roxin describe este fin como el ‘ejercicio de la confianza en el derecho’ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado. (cfr. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad, en: Julio B. J. Maier, compilador, *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 28). En esa línea, este Tribunal ha sostenido que por vía de la imposición y ejecución de la pena se renueva la confianza de la

ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en ‘(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)’ (artículo 44 de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención [general] en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2 de la Constitución) (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 40)”.

Entonces, queda claro que las teorías de la pena y sus correspondientes fines, considerados por el Tribunal Constitucional como acordes a nuestra Norma Fundamental, son los relativos a la prevención general negativa, prevención general positiva y prevención especial positiva. Pero cabe hacer mención que, en la práctica, se han presentado conflictos en la aplicación de estos fines de la pena, generando, en algunos casos, una tensión entre el fin constitucional que busca la resocialización de los internos, con la obligación del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. Este problema es necesario resolverlo para establecer cómo aplicarlo en la justicia militar policial, sirviendo de mucho la forma como lo ha abordado el mismo Tribunal Constitucional.

3. Predominancia del fin preventivo general sobre el preventivo especial

En el Expediente N° 00033-2007-PI/TC, se tramitó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7 de la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, que prohíbe los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la

educación, semilibertad y liberación condicional para los sentenciados por el delito previsto en el último párrafo del artículo 3 de la mencionada ley.

En este caso, el Tribunal Constitucional establece como fines de la pena en la Constitución Política del Perú, a lo preventivo especial y general de la pena, tratando posteriormente el problema de antinomia que genera en algunos casos el fin constitucional que busca la resocialización de los internos, con la obligación del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.

Luego de individualizar las obligaciones internas e internacionales asumidas por el Estado peruano para reprimir al narcotráfico (artículo 8 de la Constitución y Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas suscrita en 1988), el colegiado en mención admite la predominancia del fin preventivo general de la siguiente manera:

“42. En consecuencia, en el caso de principios en tensión el Tribunal Constitucional ponderando los valores que los sostienen en abstracto, que los bienes constitucionales protegidos como el orden público, la seguridad colectiva y el bienestar general, ocupan un rol delimitador de los principios y derechos del régimen penitenciario. En efecto, considerando el principio de resocialización del régimen penitenciario y la naturaleza de los ilícitos, se puede concluir la predominancia del fin preventivo general, más aún si de ello depende la protección de los bienes constitucionales relevantes y la propia autoconservación del Estado”.

Sin embargo, deja la salvedad que la ponderación de esos bienes constitucionales en conflicto, en la forma antes expuesta, no significa que la finalidad especial positiva de la pena desaparezca, sino que, tal como se

advierte en el fundamento 43, “el legislador puede –en los límites de lo razonable– hacer prevalecer tendencialmente cada vez una u otra finalidad de la pena, pero con la condición de que ninguna de ellas desaparezca”.

Es por ello que, siguiendo la anterior línea de interpretación, el Tribunal Constitucional considera que en materia de tráfico ilícito de drogas, así como del lavado de activos que proviene de esta actividad “(...) la Constitución ha establecido optando por una finalidad preventivo general intimidatorio, a fin de proteger y salvaguardar a la sociedad y al propio Estado, ya que podría afectar su propia existencia; lo que no quiere decir en modo alguno que el principio resocializador del régimen penitenciario quede vaciado totalmente de contenido” (Fundamento 45).

Llegamos así al punto culminante del presente capítulo, cual es desarrollar la función de la pena sancionadora y preventiva a que hace referencia el artículo IX, inciso 1, del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

4. Función de la pena militar policial

El indicado artículo y su inciso en mención, expresamente asignan a la pena la función sancionadora y preventiva. De considerarse a esta función como propia de la especial naturaleza y fines del CPMP, implicaría no efectuar la aplicación supletoria a que hace referencia el artículo XV del mismo cuerpo normativo. Sin embargo, su descripción legal resulta insuficiente para resolver problemas específicos de aplicación de las normas penales y procesales del CPMP.

No es responsabilidad de la ley desarrollar la función de la pena militar policial. El CPMP ya ha hecho bastante con declararla en su texto. Corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia tal tarea, pero, como se ha

manifestado en el planteamiento del problema, no se ha encontrado trabajo de investigación, resolución o dictamen fiscal del Fuero Militar Policial que explique esta función específica. Es por ello que resulta indispensable su tratamiento doctrinal, no solo por lo casi inédito del tema, sino por su importancia al permitir resolver problemas de aplicación sin necesidad de remitirse a los códigos comunes.

Así, en este apartado, trataremos el problema principal de este trabajo, dándole respuesta a una de sus cuestiones primordiales, consistente en: ¿cuál es la función sancionadora y preventiva de la pena militar policial? Pero antes de llegar a esta parte nuclear del estudio, es necesario abordar dos interrogantes que se desprenden del mismo inciso 1 del artículo IX del Título Preliminar del CPMP y que guardan relación con nuestro tema: ¿por qué este texto legal ha empleado la palabra “función” y no “fin” como lo hace el Tribunal Constitucional?, y ¿a qué se refiere con función “sancionadora” de la pena?

En efecto, si vemos las diversas sentencias del Tribunal Constitucional referidas al Derecho Penal y a la pena, observaremos que no emplean el vocablo “función” sino el de “fin” para justificar la razón de ser de la pena. ¿Significaría entonces que es erróneo el empleo terminológico que hace el CPMP?

La respuesta la da Luigi Ferrajoli cuando al afrontar el problema de la “función” o de las “razones” del Derecho Penal, menciona que no siempre se distinguen con claridad estos dos puntos de vista, añadiendo que “La palabra función (no menos que la palabra “razón”) es en efecto equívoca, pudiendo ser entendida y siendo a veces utilizada bien en sentido prescriptivo, bien en sentido descriptivo. En el primer sentido designa las

finalidades que *deben ser* perseguidas por la pena para que el Derecho Penal resulte justificado; en el segundo, designa las que de hecho *son* perseguidas por las penas y los efectos concretamente conseguidos por ellas”⁹. Lo anterior significa que en la doctrina se confunde el empleo de ambos términos y son utilizados indistintamente, por lo que nuestro CPMP no ha cometido desatino técnico alguno, no siendo necesario modificatoria legal sobre el particular.

Entrando propiamente al fondo del asunto, es obligatorio referirse previamente a la función “sancionadora” de la pena. ¿Qué ha querido dar a entender el legislador con esta función, teniendo en consideración que ninguna teoría preventiva de la pena aparentemente la ampara?

Se descarta que su intención sea que el CPMP acoja la teoría absoluta retributiva de la pena, ya que afecta el sistema de valores y principios que trae nuestra Constitución y no la dota de función alguna, buscando simplemente castigar o efectuar una causación retributiva de un mal (pena) contra otro mal (delito). Definitivamente, esta no es la posición de nuestro legislador, por cuanto el Tribunal Constitucional considera a la retribución de la pena como inconstitucional y la doctrina dominante estima que no tiene fundamento científico alguno.

Para interpretar la función “sancionadora” de la pena militar policial debemos remontarnos a la historia de la justicia militar en el Perú, principalmente a los estudios que al respecto se han hecho, en los cuales se consideraba que las sanciones a imponerse debían ser “ejemplarizantes”.

Por “ejemplarizantes” entendemos que las penas impuestas deben servir de modelo

para que no se repita la comisión de delitos. Esta noción nos acerca a la teoría de la prevención general negativa que atribuye a la pena como función, disuadir a los ciudadanos mediante la amenaza de la misma o su utilización (Ross y Feuerbach). Dicha finalidad se logra en el plano abstracto con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, amenazando con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica. Pero también constituye, según Roxin, “por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza”¹⁰. Es en este segundo momento de la prevención general negativa donde se ubica el criterio de la función sancionadora de la pena atribuida por el CPMP, por cuanto implica que no se debe renunciar a la pena y que esta sanción es necesaria porque, en palabras del mismo Roxin, “los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación”¹¹.

Toca ahora tratar la función preventiva de la pena militar policial, en donde queda claro que forma parte de ella la prevención general negativa, conforme a los términos detallados en el párrafo precedente. Asimismo, se incluye a la prevención general positiva, cuyo sentido ha sido definido por el Tribunal Constitucional en que “por vía de la imposición y ejecución de la pena ‘se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en ‘(...) proteger a la población de las amenazas

contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)’ (artículo 44 de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención [general] en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2 de la Constitución)’ (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 40)”¹².

Finalmente, no debe dejarse de lado la función que atribuye a la pena la teoría de la prevención especial, que en su efecto inmediato supone que la pena privativa de la libertad y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia. Mientras que en su efecto mediato, se aplica en el plano de la ejecución de la pena, en donde esta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Debe tomarse en consideración esta función por tener como fin la dignidad de la persona, ser propia de un Estado social y democrático de derecho y estar reconocida en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución.

Si bien adoptamos la teoría unificadora de la pena de Roxin para sustentar nuestra posición, ello no significa que las teorías aquí tratadas se deban aplicar todas en el mismo nivel y al mismo momento. Debe haber una preeminencia de una de ellas por la especial naturaleza del CPMP. Consideramos que tiene prevalencia la prevención general (tanto positiva como negativa) sobre la prevención

10 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Madrid, tomo I, Editorial Civitas, (1997) p. 90.

11 *Ibidem*, p. 92.

12 Fundamento 18 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0012-2010-PI/TC del 11 de noviembre de 2011.

especial positiva (resocialización), por los siguientes motivos.

En primer término, siendo el sujeto activo del delito de función un militar o policía en situación de actividad, se trata de funcionarios y servidores públicos (ya sea oficial, técnico, suboficial o personal de tropa) que se desempeñan socialmente integrados en una institución militar o policial, que han recibido instrucción y capacitación en su etapa de formación sobre sus deberes militares y policiales, por lo que las penas no buscan, primordialmente, su resocialización sino que sirva de modelo para que no se repita la comisión de tales delitos y se renueve así, por vía de la imposición y ejecución de la pena, la confianza de la ciudadanía depositada en el CPMP y en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que el deber constitucional del Estado, consistente en proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, se ha materializado en una sanción efectiva.

En tal sentido, la imposición de la pena privativa de la libertad efectiva por la comisión de delito de función es necesaria desde fundamentos preventivo generales, porque si no se persiguieran y ejecutaran en esa forma, se podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general, ocasionando el quebrantamiento de la confianza depositada por la colectividad en el ordenamiento penal militar policial y, a través de ello, se estimularía la imitación. Es por esta razón que creemos que nuestro CPMP asume la teoría de la prevención general en sus vertientes negativa y positiva, en los momentos de legislar y aplicar las normas penales, los tipos y las penas, mientras que la prevención especial positiva está reservada para el momento de la ejecución de la pena.

LA PREVENCIÓN GENERAL COMO CRITERIO DE EXCLUSIÓN DE LA CONDENA CONDICIONAL

1. La condena condicional en la legislación y doctrina nacionales

Una ligera exploración a través de la historia de nuestra legislación penal nos permite ubicar a la condena condicional en el artículo 53 del Código Penal de 1924, que fue adoptada del sistema franco-belga, específicamente de la figura del *sursis*, cuyo significado, según la exposición de motivos del indicado Código, se infiere de la siguiente descripción:

“El sistema franco-belga del *sursis* supone el pronunciamiento de la pena, pero con suspensión de su cumplimiento durante un determinado periodo de prueba, sin necesidad de sometimiento a ciertos deberes ni control”¹³.

Los efectos de la condena condicional en el Código Penal de 1924 fue limitada a los delitos culposos. Posteriormente, y a través de reformas en el Código de Procedimientos Penales, se amplió su aplicación a toda condena a pena privativa de libertad no superior a dos años y siempre que el agente no fuere reincidente.

En el Código Penal de 1991 (CP91) se incorporó en el Libro Primero, Capítulo IV del Título III, la “suspensión de la ejecución de la pena”, empleando simultáneamente esta denominación en dicho capítulo con la de “condena condicional” (cfr. artículos 57 y 58, pero antes de la dación de la Ley N° 30076).

Sus requisitos de procedencia son los siguientes:

- a) Que la pena privativa de libertad impuesta al condenado no sea superior a cuatro años. No afecta, por tanto, a otro

tipo de penas que deban ser aplicadas de modo conjunto.

- b) Que en atención a la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente, el juez asuma un pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado. Esto es, que el órgano jurisdiccional llegue a prever que el sentenciado no volverá a delinquir.
- c) Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

Cumplidos con estos requisitos, es facultad del juez emplear esta medida al condenado con pena privativa de la libertad, suspendiendo la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad. De esta manera, el sentenciado no ingresa a un centro carcelario para cumplir la pena fijada por la autoridad judicial, quedando el condenado en libertad, pero sometido a un régimen de reglas de conducta y a la obligación de no delinquir. Tales reglas de conducta están descritas en el artículo 58 del CP91.

Dentro de las modificaciones normativas que ha experimentado esta medida cabe destacar, y es recomendable tomar atención para los fines de este trabajo, la incorporada por la Ley N° 30076 y que proscribe el término “condena condicional” empleado en el artículo 58 del CP91, sustituyéndolo definitivamente por el de “suspensión de la ejecución de la pena”.

En lo concerniente a la doctrina nacional, estimamos digno de resaltar a Prado Saldarriaga quien, siendo coherente con una política criminal mínimo garantista, apuesta

por las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad efectiva, dentro de las que se encuentra la condena condicional o ejecución suspensiva de la pena, a la cual considera que “(...) Se trata, en consecuencia, de unos beneficios, o si se quiere, de unos paliativos más que auténticos sustitutivos penales (...)”¹⁴. Para este connotado jurista nacional, es uno de los procedimientos tradicionales de limitación de las penas cortas privativas de libertad y existiría uniformidad de criterios al señalar que los significados de ambas instituciones no son análogos sino distintos. Así lo dejaría entrever de acuerdo a la siguiente cita: “Sin embargo, para un sector doctrinal resulta más adecuado el término suspensión de la ejecución de la pena, puesto que (...) la condena no es suspendida en sus efectos accesorios o de indemnización civil. Lo único que se deja en suspenso es la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad que se impuso al condenado. En este sentido se pronuncia entre nosotros Villavicencio Terreros y (...) Hurtado Pozo (...)”¹⁵.

Así, podemos inferir que en la doctrina nacional se diferencia la “condena condicional” de la “suspensión de la ejecución de la pena”, entendiendo a esta última como una medida alternativa a la pena privativa de la libertad efectiva, consistente en un beneficio del condenado a esta pena, pero de corta duración, a ser otorgado facultativa y no obligatoriamente por el juez que impone esta condena, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 57 del CP91 y que en el futuro puede convertirse en definitiva si no cumple las reglas de conducta impuestas.

14 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Todo sobre el Código Penal. Notas y comentarios*, Tomo I, Editorial IDEMSA, Lima, (1996), p. 111.

15 *Ibíd.*, p. 126.

2. **Análisis del problema secundario: la condena condicional en el CPMP**

De acuerdo a la doctrina glosada, queda claro que tanto la condena condicional como la suspensión de la ejecución de la pena no son derechos fundamentales del condenado sino beneficios sujetos al cumplimiento de requisitos establecidos por ley. Asimismo, es una facultad del juez y no una obligación, por lo que se infiere que la efectividad de la pena privativa de la libertad prevalece sobre sus medidas alternativas.

Teniendo en consideración este marco teórico, se ha podido plantear el problema secundario del presente trabajo del siguiente modo: ¿cómo pueden los fiscales y jueces de la justicia militar policial ejercer la facultad de proponer y aplicar, respectivamente, la condena condicional regulada en el CPMP?

Definida la condena condicional como una facultad del juez, es necesario ubicar en qué dispositivos del CPMP se encuentra regulada esta medida. Realizada la correspondiente exploración, la encontramos mencionada en los artículos 40, 50 y 329 del indicado cuerpo legal.

Merece especial atención la denominación “pena privativa de libertad condicional” que se emplea en el último párrafo del artículo 40 del CPMP. Esta disposición legal regula la rehabilitación automática y en ese párrafo menciona lo siguiente: “Tratándose de pena privativa de libertad condicional, el juez competente emite la resolución de rehabilitación al cumplirse el plazo de prueba fijado en la sentencia”. ¿A qué medida penal se refiere el legislador? ¿Suspensión de la ejecución de la pena, condena condicional o liberación condicional? Veamos primero la regulación de la liberación condicional.

La primera parte del artículo 494 el CPMP, establece que la liberación condicional

se concede al sentenciado que ha cumplido los dos tercios de la pena, siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención; mientras que el artículo 495 enumera los requisitos para su concesión. Como se ve, la liberación condicional es un beneficio a otorgarse por el juez después de impuesta la pena privativa de libertad efectiva y cumplidos los requisitos de ley. No media plazo o periodo de prueba y tampoco se da después de dictada la sentencia condenatoria, a diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena, por lo que el artículo 40 del CPMP se referiría a esta última figura penal.

Por su lado, el artículo 50 del CPMP, sobre la interrupción del plazo de prescripción de la pena, señala en su tercer párrafo: “En los casos de revocación de la condena condicional, la prescripción comienza a correr desde el día de la revocación”. Mientras que el artículo 329 del mismo texto legal dispone que es un caso de limitación e improcedencia de la prisión preventiva: “Si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar de aplicación una condena condicional”. Se observa que en ambos preceptos legales solo se hace una referencia a la condena condicional sin desarrollo alguno del procedimiento a emplearse en su aplicación.

La anterior indefinición nos obliga a remitirnos al artículo XV del Título Preliminar del CPMP, que sobre la aplicación supletoria expresamente dice lo siguiente: “En caso de vacío o defecto del presente Código, serán de aplicación supletoria las normas previstas en los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos y fines de este Código”.

Una cómoda y poco esforzada interpretación del texto legal anterior, traería como consecuencia que automáticamente nos remitamos al título del Código Penal que regula

la suspensión de la ejecución de la pena, para aplicar la condena condicional en los procesos del Fuero Militar Policial. Sin embargo, una interpretación en ese sentido resulta incompleta y errónea, por cuanto no está tomando en cuenta la especial naturaleza y fines del CPMP, que es la clave donde se encuentra la solución al problema secundario aquí planteado.

A lo anterior debe agregarse lo ya anotado en la descripción de la realidad de este estudio, en el sentido de que si bien la opción por la condena condicional estaba cuestionada por su benignidad y por no estar acorde con la especial naturaleza del CPMP, tal cuestionamiento se ha agravado con la dación de la Ley N° 30076, vigente a partir del 20 de agosto del año pasado y que, entre otras disposiciones, modifica el artículo 58 del Código Penal y deroga la única denominación de la condena condicional, sustituyéndola por la suspensión de la ejecución de la pena, con lo que ya no hay posibilidad de acudir al artículo XV del Título Preliminar del CPMP, por no haber mención expresa en el Código Penal a la condena condicional.

Es por ello que la aplicación a este problema de una de las instituciones que explica la especial naturaleza del CPMP y que guarda directa relación con sus fines, como es la función de la pena militar policial desarrollada en la primera parte de este estudio, es pertinente para dar solución a la confusión que ha generado la regulación de la condena condicional en el Fuero Militar Policial.

3. Solución al problema secundario: la prevención general como criterio de exclusión de la condena condicional

Dentro de las particularidades que reflejan la especial naturaleza y fines del CPMP, se encuentra la función de la pena militar policial a que hace referencia el artículo IX del

Título Preliminar, que es de carácter sancionadora y preventiva.

Cuando nos referimos a la función sancionadora de la pena militar policial, manifestamos que históricamente tenía la característica de “ejemplarizante”, noción que la acercaba a la teoría de la prevención general negativa o intimidatoria, que atribuye a la pena la función de disuadir a los ciudadanos mediante su amenaza o utilización. Así, esta finalidad se logra en el Fuero Militar Policial con la tipificación de los delitos de función y de sus respectivas penas en el CPMP (que ya se ha concretado), con lo que se previene mediante la intimidación a la generalidad del personal militar y policial en situación de actividad, vía la amenaza de infligir una pena drástica si se incurre en la comisión de delitos de función. Pero también se logra este fin con la imposición y ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza, constituyéndose en necesaria y obligatoria su imposición; caso contrario, los delitos de función quedarían sin consecuencias para el autor e incitarían a la imitación. Esta función tiene respaldo constitucional en el artículo 44 de nuestra Carta Magna.

Por otro lado, manifestamos que la función preventiva de la pena militar policial a la que alude el mismo artículo IX está orientada a la finalidad preventiva general positiva, que está dirigida a reforzar la confianza depositada por la sociedad peruana (Estado, Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú y ciudadanía en general) en la inviolabilidad del CPMP, confianza que se concretiza con la imposición y ejecución efectiva de esta pena en el personal militar y policial que comete delitos de función, lo que también trae como consecuencia que se renueve la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado (artículo 44 de la Constitución:

proteger a la población de las amenazas contra su seguridad), se materializa con la sanción que corresponde.

Con relación a la prevención especial positiva o resocialización, estimamos que no es aplicable en la etapa procesal y de imposición de la pena militar policial, sino en la de ejecución de esta, debido a que su destinatario (militar y policía debidamente instruido por su correspondiente Institución) va a resocializarse en los establecimientos penales militares o policiales con el objeto de no reincidir, no teniendo el peligro de “disocializarse” como en el caso de los establecimientos penitenciarios comunes. Esta interpretación se desprende del Libro Cuarto del CPMP, principalmente de los artículos 482, que dispone que la pena privativa de libertad se cumplirá (es mandatoria esta norma) en los centros de reclusión militar policial, no dejando alternativa para que se apliquen penas alternativas o sustitutas de dicha pena; y 485, que regula el tratamiento de los internos y el plan de actividades laborales y educativas que se les asigna; con lo cual se cumple la finalidad preventiva especial positiva de corregir al autor, dándosele la oportunidad para que se integre a su Institución o a la sociedad.

Entonces, por ser pertinente al presente problema, vamos a emplear la teoría de la prevención general, por ser la que adoptan nuestra Constitución y el ordenamiento penal militar policial y, además, porque nos va a permitir aclarar si la condena condicional es aplicable en el Fuero Militar Policial, por el solo hecho de estar mencionada en los artículos 40, 50 y 329 del CPMP y por haberse vuelto una costumbre en los operadores de dicho fuero (jueces y fiscales) aplicar el artículo XV del Título Preliminar del referido Código.

La función preventiva general negativa de la pena militar policial se traduce en dos roles y fines: intimidar a la colectividad militar y policial con la amenaza de infligir las

penas tipificadas en el CPMP, a fin de disuadirlos a no incurrir en delitos de función; e imponer y ejecutar estas penas, con la finalidad de hacer eficaz esa amenaza y evitar a futuro la imitación e incitación a la comisión de nuevos delitos de función, por no haberse efectivizado la condena. Siendo esto así, la imposición de una condena condicional en el ámbito de la justicia militar policial no cumple con estos fines de la función preventiva general negativa de la pena militar policial, por cuanto no intimida ni disuade a la generalidad del personal militar y policial en situación de actividad como lo hace la pena privativa de la libertad efectiva, trayendo consigo el efecto contrario, cual es motivar e incitar a la comisión de nuevos delitos de función, como es el caso de los delitos de deserción.

El posible cuestionamiento a la aparente drasticidad de aplicar la pena privativa de la libertad efectiva y no la condena condicional se desvirtúa con la revisión de los regímenes disciplinarios de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que contemplan sanciones duras que restringen la libertad, como los arrestos disciplinarios simple y de rigor, por lo que la benignidad de la condena condicional, en donde el condenado por un delito va a cumplir su sanción en libertad, no guarda relación con la especial naturaleza del CPMP.

La condena condicional tampoco cumple la finalidad de la prevención general positiva de la pena militar policial, por cuanto esta implica la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad efectiva, situación que ocasionaría desconfianza en la sociedad peruana al ver que la ley que ha encomendado a los operadores del Fuero Militar Policial (jueces y fiscales), como es el CPMP, para sancionar delitos de función no está siendo aplicada correctamente, por cuanto la trascendencia y gravedad que revisten tales delitos en que incurre el personal militar y policial en situación de actividad obligan

a imponerles penas privativas de la libertad efectivas. Así, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al no convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado (artículo 44 de la Constitución: proteger a la población de las amenazas contra su seguridad), se materializa con la sanción que corresponde.

Por lo tanto, la aplicación de la condena condicional en los procesos que se tramitan en el Fuero Militar Policial carece de sustento teórico y constitucional, al no respetar la teoría de la prevención general de la pena y los fundamentos que sobre el particular desarrolla el Tribunal Constitucional, por lo que en su reemplazo debe aplicarse solo la pena privativa de libertad efectiva por ser acorde a la especial naturaleza y fines del CPMP, como reza su artículo XV del Título Preliminar.

A lo expuesto, es conveniente informar que con fecha 19 de agosto del año próximo pasado, se ha publicado en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 30076, Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, que dentro de sus disposiciones contempla la modificación del artículo 58 del Código Penal que regula las reglas de conducta para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena.

Antes de esa modificación, el referido artículo contemplaba en su primer párrafo la denominación “condena condicional”; sin

embargo, la Ley N° 30076 ha derogado ese término y lo ha sustituido por el de “suspender la ejecución de la pena”, esto debido, por supuesto, a que la doctrina considera distintos los significados de ambas instituciones penales, con lo cual la mención a la “condena condicional”, establecida en los artículos 40, 50 y 329 del CPMP, se ha derogado, por lo que su aplicación en el Fuero Militar Policial vía la remisión al artículo XV del Título Preliminar, resulta inconsistente desde el punto de vista estrictamente legal, a partir del día siguiente de la fecha de publicación de la Ley N° 30076.

Siendo ello así, resulta necesario que nuestro Tribunal Supremo Militar Policial ejerza la facultad que le otorga el artículo 8 de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, de reunirse en pleno y analizar los alcances doctrinarios desarrollados en este trabajo, sobre la función de la pena militar policial y la necesaria aplicación de la pena privativa de libertad efectiva, asumiendo como criterio la inaplicabilidad de la condena condicional por ser contraria a la función sancionadora y preventiva de la pena militar policial.

En caso de que el Pleno del Tribunal Supremo Militar Policial acoja las propuestas de este estudio en un acuerdo de doctrina jurisprudencial, sería recomendable que imparta instrucciones a los jueces del Fuero Militar Policial para que en los acuerdos plenos, semiplenos, acusaciones, autos de enjuiciamiento y sentencias en que intervengan asuman el indicado criterio en sus recomendaciones y decisiones¹⁶.

16 Debe tenerse en cuenta que esta función también la tiene el Consejo Ejecutivo en virtud del inciso 6 del artículo 5 de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, cuyos acuerdos pueden guiar el accionar de jueces y fiscales.

CONCLUSIONES

Primera. La función de la pena militar policial, regulada en el inciso 1 del artículo IX del Título Preliminar del CPMP, definida como sancionadora y preventiva, no se encuentra desarrollada doctrinaria ni jurisprudencialmente en el Fuero Militar Policial.

Segunda. La condena condicional mencionada en los artículos 40, 50 y 329 del CPMP no tiene un procedimiento de aplicación en dicho código ni cuenta con criterios jurisprudenciales ni doctrinarios en la justicia militar policial que orienten a sus jueces y fiscales, quienes optan por la aplicación supletoria establecida en el artículo XV del Título Preliminar del CPMP.

Tercera. Las teorías preventivas de la pena y las consideraciones del Tribunal Constitucional respecto a la función y finalidad de la pena dan sustento doctrinario y constitucional a los criterios que se asuman sobre la función de la pena militar policial.

Cuarta. El Tribunal Constitucional ha optado por la finalidad preventiva general o intimidatoria en caso de presentarse la antinomia con el fin constitucional que busca la resocialización de los internos, debido a que prevalece el fin de proteger y salvaguardar a la sociedad y al propio Estado cuando se afecte su propia existencia con un determinado delito o delitos.

Quinta. La función sancionadora de la pena a que hace referencia el artículo IX del Título Preliminar del CPMP es la preventiva general negativa, consistente en disuadir a la generalidad del personal militar y policial en situación de actividad de la comisión de delitos de función, mediante la amenaza de imposición de dicha pena o su utilización, la que debe efectivizarse en caso de cometerse tal ilícito a fin de evitar la imitación o incitación a cometer otros delitos.

Sexta. La función preventiva de la pena militar policial incluye a la preventiva general positiva, que consiste en renovar la confianza de la ciudadanía en el CPMP y en el orden constitucional, al imponer y ejecutar, de manera efectiva, las penas militares policiales y convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que el deber constitucional y primordial del Estado, consistente en proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, se materializa con la sanción de un delito grave y trascendente como es el delito de función.

Sétima. La función preventiva especial positiva o de resocialización también forma parte de la función de la pena militar policial, pero se materializa en la parte de la ejecución penal del CPMP.

Octava. La condena condicional y la suspensión de la ejecución de la pena son medidas alternativas de suspensión de la pena privativa de libertad efectiva de corta duración y beneficios, cuya aplicación es facultativa del juez, pero tienen significados distintos, resultando más adecuada para la doctrina la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, puesto que con la condena condicional se suspenden sus efectos accesorios o de indemnización civil.

Novena. La Ley N° 30076 ha derogado el término “condena condicional” en el Código Penal, sustituyéndolo por el de “suspensión de la ejecución de la pena”, motivo por el cual ya no tiene sustento legal expreso la aplicación supletoria del artículo XV del Título Preliminar del CPMP, para aplicar la condena condicional en los procesos militares policiales.

Décima. La condena condicional no es aplicable en el Fuero Militar Policial por interpretación de la función preventiva general de la pena militar policial, tanto en sus vertientes negativa y positiva, debido a que tal sanción no permite disuadir a la

generalidad del personal militar y policial en situación de actividad de la comisión de delitos de función, ni genera confianza de la ciudadanía en el CPMP y en el orden constitucional, siendo idónea la pena privativa de la libertad efectiva por convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que el deber constitucional y primordial del Estado, consistente en proteger a la población de la amenaza contra su seguridad que representa el delito de función, se materializa con la sanción que corresponde.

Undécima. Es pertinente considerar como un criterio de interpretación la presente doctrina sobre la función de la pena militar policial, por ser inherente a la especial naturaleza y fines del CPMP, y aplicarlo para resolver el problema de la confusión que ha generado la regulación de la condena condicional, en dicho cuerpo legal.

Duodécima. No existen estadísticas oficiales que permitan conocer con exactitud y detalle, el número de procesos en los cuales se haya dictado sentencias condenatorias o acuerdos con penas privativas de libertad efectivas o con condenas condicionales, lo cual no permite determinar la producción, calidad y cifra negra de la criminalidad en cada uno de los juzgados, fiscalías y tribunales de la justicia militar policial.

RECOMENDACIONES

Primera. Que el Tribunal Supremo Militar Policial ejerza la facultad que le otorga el artículo 8 de la Ley N° 29182, Ley

de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, de reunirse en Pleno y analice los alcances doctrinarios desarrollados en este trabajo, sobre la función de la pena militar policial y la necesaria aplicación de la pena privativa de libertad efectiva, asumiendo como criterio la inaplicabilidad de la condena condicional a partir del día siguiente de la aplicación del acuerdo plenario, por ser contraria a la función sancionadora y preventiva de la pena militar policial, así como por haber sido derogada su denominación por la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto del 2013, en el diario oficial *El Peruano*.

Segunda. Que en caso de que el Pleno del Tribunal Supremo Militar Policial acoja las propuestas de este estudio en un acuerdo de doctrina jurisprudencial, imparta instrucciones a los jueces de la justicia militar policial para que en los acuerdos plenos, semiplenos, acusaciones, autos de enjuiciamiento y sentencias en que intervengan asuman el indicado criterio en sus recomendaciones y decisiones.

Tercera. Que el Tribunal Supremo de Justicia Militar disponga la obligación de los juzgados y tribunales a nivel nacional, de remitir información estadística detallada sobre la cantidad de procesos en los cuales han requerido o impuesto penas privativas de libertad efectivas o condenas condicionales, desde la entrada en vigencia del CPMP, a fin de llevar una estadística oficial, que permita controlar la producción y calidad jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Editorial Ariel, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, Editorial Trotta, 1989.
- MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, primera edición, 1994.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Todo sobre el Código Penal. Notas y comentarios*. Tomo I, Editorial IDEM-SA, Lima, 1996.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito*. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013), <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado de 1991*. Editorial Grijley, Lima, 1997.

EL DELITO DE FUNCIÓN COMO RIESGO

Gral de Brigada EP (R) Roger Araujo Calderón

NOCIÓN DE RIESGO

83

Es la posibilidad o contingencia de que suceda algo cuando se cumple una misión o función.

EL ILÍCITO PENAL COMO RIESGO

Dentro de las innumerables contingencias o riesgos que enfrentan los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en el cumplimiento de su misión constitucional se encuentran los ilícitos penales que requieren una sistematización objetiva, a fin de precisar el concepto de delito de función y evitar interpretaciones antojadizas que restrinjan su ámbito y con ello, la jurisdicción militar pierda extensión o se utilice este argumento para justificar una campaña destinada a desacreditar las decisiones pronunciadas en las contiendas de competencia o se reclame injustificadamente para el fuero común el conocimiento de determinados delitos, en perjuicio de lo establecido claramente en la Constitución Política del Perú.

EL DELITO DE FUNCIÓN Y LA SUBVERSIÓN

Para analizar qué ilícitos penales pueden cometerse o constituyen riesgo para los integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional hay que precisar la misión y objetivo que se les asignan y uno de estos es enfrentarse a la **subversión**, entendida como una forma de guerra

moderna representada por el intento sistemático y metódico de derrocar en forma violenta al régimen existente. Al respecto, el CAEN define este hecho como “Conjunto de acciones de toda naturaleza realizada con la finalidad de conquistar el poder político del Estado mediante las cuales una facción, actuando en el interior del país, se esfuerza por destruir las estructuras políticas, sociales y económicas de la nación, a la vez que va creando las bases para sustituirlas por otras”.

Como podemos apreciar de este concepto, los objetivos son claros y están destinados a la destrucción del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, recurriendo a una serie de actividades, para provocar y alterar el orden establecido, tales como:

- Agitación, propaganda, exageración de hechos buscando crear confusión, dudas, desacreditar conceptos sobre la misión de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional como justicia y patria, difamando a dirigentes, instituciones, jefes militares, ridiculizando las acciones de las fuerzas del orden, mostrándolas como extrañas y agresivas al pueblo y a los derechos humanos. Crean comisiones para juzgar el accionar de las Fuerzas Armadas y dirigentes políticos con una determinada ideología y sesgo.
- Desarrollo de huelgas, manifestaciones, transtornos callejeros actos de masas, toma o bloqueo de pueblos, carreteras, puentes y edificios públicos.
- Ruptura entre las masas y autoridades, violando ostensiblemente las leyes. Provocando la indefinición legal e inestabilidad jurídica, a fin de crear la sensación de una sociedad que se encuentra al borde del conflicto y la paz. Desarrollo de unidades o grupos irregulares vinculados al narcotráfico.

- Intensificación del sabotaje, terrorismo y secuestro de personas.
- Creación de zonas controladas.
- Provocando eco internacional o reconocimiento en los diversos foros internacionales.
- Intentando confundir a las Fuerzas Armadas, desmoralizándolas o disminuyendo su capacidad de combate.
- En suma, las personas, las fuerzas hostiles o los grupos subversivos intentan por todos los medios buscar violencia y desborde de las fuerzas del orden en el cumplimiento de su misión, creando riesgos colaterales que desembocan en hechos no deseados, como, por ejemplo, la comisión de ilícitos penales a cuya realización, conforme hemos manifestado, contribuyen activamente las conductas y la violencia de los citados grupos. Todo esto para crear desconcierto, exponer situaciones alarmantes, pretendiendo debilitar los mecanismos de defensa del Estado. En estas circunstancias el militar o el policía se ve afectado porque sufre las consecuencias derivadas del cumplimiento de su misión, que si son juzgadas en un fuero extraño al militar sufren la distorsión que aprovechan los grupos conflictivos para ubicar dichos hechos en escalas de gravedad mayores a las que son sometidas los civiles por iguales infracciones.

LOS RIESGOS PROPIOS DEL DELITO DE FUNCIÓN QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA

- El conflicto como situación transitoria de violencia (organizada entre el Estado y grupo o facción que recurren al enfrentamiento armado para imponer su voluntad u obtener una ventaja política)

condicionan al combatiente para variar su concepción filosófica sobre la vida, tornándose esta, intensa y en otros alterando la ecuanimidad y los frenos inhibitorios. Altera su estructura axiológica y en algunos casos los predispone a incurrir en conductas delictuales de las más variadas, que atentan contra diversos bienes jurídicos tutelados, razón por la cual el concepto de delito de función solo puede entenderse cuando los actos del combate, conflictos o enfrentamientos con las masas se interpretan como ilícitos derivados de los riesgos que implica el cumplimiento de los fines asignados a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

- La dificultad o ausencia de control cuando se cumple una misión, orden y en otros casos la preparación o concientización para el combate desborda la formación humanística y jurídica. Es necesario tener presente que la mejor manera de combatir o enfrentar un conflicto no es solo con las armas, sino con una conducta de respeto a los valores jurídicos, sociales, culturales y étnicos, tarea difícil pero con resultados duraderos. El soldado y el policía deben convertirse en líderes en los lugares donde cumplan su misión, haciendo de sus actos una revelación y transparencia de los fines altruistas que persiguen.
- Adopción de decisiones precipitadas ante el temor de ser sometido a la justicia o la crítica implacable de diversos medios de comunicación por haber cumplido su misión y tener que probar con precisión que la infracción o misión, muerte o lesión se produjo como resultado inevitable, no obstante que para defenderse, actuar o reaccionar tuvo el menor tiempo en pensar en las implicaciones de sus hechos, menos la pausa de quien mira lo acontecido después de consumado.

- La deformación de los hechos. El periodismo sensacionalista de algunos diarios, que sin tener un conocimiento amplio de los hechos inmediatamente los califica, tipifica, pronostica penas y lleva las actuaciones a niveles de crímenes de lesa humanidad o abusos innecesarios. Es tanta su persistencia que forma una corriente de opinión, con lo cual impide un juzgamiento imparcial y objetivo respecto de los hechos y la competencia.
- Denuncias de grupos de izquierda u organismos no gubernamentales, que con el fin de justificar su posición, prestigio y otros fines atacan todo lo que significa la intervención de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en su misión de cautelar el orden público y demás fines que le asigna la Constitución Política del Perú.

RIESGO O ILÍCITOS PENALES DERIVADOS DEL ENFRENTAMIENTO A LA SUBVERSIÓN

Dentro del marco de violencia descrito, donde actúa la Fuerza Armada y la Policía Nacional para combatir la agresión de grupos armados, algunos de sus miembros pueden incurrir en los ilícitos penales siguientes:

- a. La muerte de personas civiles ajenas al conflicto, debido:
 - A la utilización por parte de los subversivos de la población civil como escudo, protección a sus acciones y para mimetizar su identidad. Qué difícil resulta al combatiente distinguir cuando es atacado desde una vivienda o de la vera de un camino, quién y cuántos atacan y a quién debe dirigir sus armas y quién está más allá del alcance de ellas.

- b. El uso de armas frente a un enemigo que no se ve, que se disuelve en la noche, en el anonimato, ataque artero, violento, sorpresivo. Cómo saber quién es quién y guardar en tales circunstancias la adecuada potencia de fuego o realizar la maniobra precisa para obtener un resultado incruento, donde no existan agraviados.
- c. Actitud del combatiente, sometido a privaciones, constante acecho, donde la muerte resulta inesperada, la marcha es forzada, el sueño es interrumpido. En estas circunstancias su contextura psíquica es mellada, reacciona exageradamente, los frenos inhibitorios se debilitan y potencian los instintos de conservación (eros) y de la muerte (tanatos), los límites entre el heroísmo y los actos crueles se reducen. En la guerra, enfrentamiento o conflicto existe el riesgo de la muerte, injustificada y dolorosa o del cobarde o desconcertado o alterado mental que aprovechó la oportunidad para cometer desmanes y violentar derechos. Sin embargo, estos hechos, por repudiables que fueran, derivaron o fueron cometidos cuando el combatiente cumplía una función y merecen ser juzgados en su fuero, como ocurre en los ejércitos e instituciones policiales de otros países que cuentan con mayores medios, desarrollos tecnológicos, asesorías operacionales y disponen de mayor formación en todos los aspectos.
- d. Destrucción o afectación de bienes jurídicos relativos a la propiedad o al patrimonio. Dentro de estas situaciones de conflicto pueden ocurrir ilícitos que atenten no solo contra el patrimonio del Estado, sino contra los bienes de los particulares, tales como inutilización, ocupación, robo, daños, debiendo advertir

que estos hechos, para constituir delitos de función, deben derivarse o estar vinculados al ejercicio de una misión. No puede concebirse como tales, cuando son cometidos por personal que encontrándose en la zona de emergencia y cumpliendo actos de la vida cotidiana o común incurren en estos atentados, porque el delito de función no se radica en razón solo de vestir el uniforme o por encontrarse en lugar determinado, sino por una relación causal con el fin, la misión o el riesgo al que estuvo sometido el soldado o el policía.

- e. Atentados contra la libertad; en algunos casos, la lucha armada contra un enemigo que tiene gran movilidad y capacidad de mimetización conlleva el riesgo de atentar contra la libertad de personas, que pueden ser aprehendidas, sin establecer su verdadera identidad, más aún si se trata de lugares alejados e inhóspitos, con ausencia de medios de comunicación.

Los hechos enunciados por su naturaleza atentan contra la capacidad bélica del Estado, al restarle eficiencia en sus acciones y socavar la moral combatiente, así como beneficiar al enemigo con nuevos argumentos, en su afán de lograr notoriedad y aceptación en la población civil.

LOS DELITOS CULPOSOS DERIVADOS DE LOS RIESGOS DE LA FUNCIÓN SON DE COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR

Los delitos derivados de la **negligencia, imprudencia o impericia** en el cumplimiento de una orden, plan o misión inherentes a los fines de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional constituyen delito de función. Para entender esta afirmación vamos a revisar estos conceptos:

a) **La omisión.** Es un juicio comparativo entre algo realizado y algo que se esperaba fuese realizado; por tanto, el delito de omisión no es no hacer nada, sino “no realizar una conducta que prescribía el orden jurídico” contenido en leyes, disposiciones, reglamentos y bandos militares, es decir, que el sujeto activo hizo algo diferente o actuó en otro sentido.

Para aclarar este término, según Gómez López en su obra *El homicidio*, la omisión es la no ejecución de un acto, así como el tipo de omisión propiamente dicho es la no ejecución de una conducta que el orden jurídico imponía a un sujeto determinado, razón por la cual el tipo penal sanciona la no realización de un comportamiento ordenado.

Este riesgo surge con frecuencia entre los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional por su obligación o posición de garante en el cuidado y vigilancia de la integridad territorial, de la vida y respeto de las normas de convivencia propias del quehacer diario.

b) **Imprudencia.** Es el descuido, error o abandono en el cumplimiento de la misión, orden o reglamento. Como su nombre lo indica, es la falta de prudencia, es decir, cuando se actúa sin las precauciones mínimas que exige el uso de determinadas armas o medios que pueden causar graves consecuencias. En este caso, el soldado o policía debe desarrollar un mayor sentido de ecuanimidad en la toma de decisiones o en el uso de los medios, personal y logística que están a su disposición.

c) **Impericia.** La impericia, voz derivada del latín *imperitiam*, es la falta de pericia, es decir, la falta de capacidad, de preparación en la ejecución de un acto o en la utilización de un arma necesaria en el cumplimiento de su misión. Generalmente este hecho deriva de la falta de preparación, instrucción o preparación de la persona a la que se le ha confiado la misión.

EL RIESGO PRETERINTENCIONAL Y EL DELITO DE FUNCIÓN

Hay preterintencionalidad cuando se ocasiona un resultado mas allá del que quería producirse, es decir, existe un resultado típico mayor del propuesto.

En la preterintención, el sujeto activo quiso un resultado típico menor, pero en la ejecución ocasionó un daño con resultado mayor que el deseado y previsible (en otros términos, la parte objetiva del tipo es mayor que la subjetiva).

Esta conducta en el actuar de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional se presenta cuando en el empleo de sus armas, o desplazamiento logístico o de personal, se prevé un riesgo inicial menor y voluntariamente se decide ejecutar la acción con el propósito e interés de causar menor daño; sin embargo, por cuestiones concomitantes o preexistentes, se producen lesiones o daños de mayor consideración que escapan a las previsiones o a la planificación inicial.

En este caso, si bien el inicio no es lícito, las consecuencias, debido a la impericia o negligencia, resultan de mayor gravedad y como riesgo debe tenerse presente para su evaluación dentro de las características del delito de función.

Algunas causas

- a. La no profesionalización. Estos delitos culposos suceden mayormente cuando el personal militar o policial no tiene una adecuada preparación en forma continua y entrenamiento eficaz y la captación no es selectiva o rigurosa. En nuestro caso, las Fuerzas Armadas tienen un servicio militar voluntario que no permite al soldado obtener una línea de carrera, ni gozar de un sueldo o seguridad social por el carácter temporal de su servicio hechos que impiden la

formación de excelencia que permita disminuir la comisión de acontecimientos riesgosos.

- b. Falta de medios adecuados. En las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional es importante el equipamiento, el abastecimiento logístico, los medios de comunicación compatibles y otros elementos tecnológicos en forma oportuna. La mayoría de riesgos o malas praxis obedecen a la pobre dotación de medios con los que se enfrenta el policía o el soldado; por ejemplo, el soldado equipado con un fusil no puede enfrentarse a una masa o grupo enardecido dotado de elementos contundentes; y a un policía dotado con armas de poco alcance, sin mayor protección, le resulta difícil su situación en un enfrentamiento con grupos armados y narcotraficantes o delincuentes avezados.
- c. Ausencia de órdenes claras, precisas o improvisación de operaciones sin mayor informe de inteligencia.

En las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional es vital que las órdenes y reglamentos sean claros y precisos, con un lenguaje sencillo e inteligible, de manera que pueda entender en su extensión y comprensión el que va a ejecutar la orden. No debe haber ambigüedad en los términos ni tampoco imprecisión en las responsabilidades.

En lo que atañe a la falta de inteligencia en cualquier operación, por más pequeña que sea, está destinada al fracaso y este es de mayor envergadura cuando la misión requiere mejor despliegue de personal y de medios.

EL FUERO MILITAR Y LA REPRESIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN

El reconocimiento de los riesgos como ilícitos derivados del ejercicio de la función

no significa impunidad o benignidad para el trato del que comete un delito amparado en el uniforme y las armas que le confiere el Estado, indudablemente que no, porque incurrir en este error, significa:

- a. Atentar contra la moral y disciplina que deben exhibir los soldados y los policías en los momentos de mayor exigencia y donde se pone a prueba la disciplina, la preparación y entrenamiento.

La impunidad significa propiciar la conversión del soldado y del policía en un delincuente, borrando la diferencia entre el uno y el otro, que es la estructura axiológica, el temple, el coraje que hace que un soldado y un policía ofrezcan en forma generosa su vida, no para que sucumban los valores y bienes jurídicos que defiende, sino para que se perennicen. En este drama, el castigo significa preservar la vigencia de los bienes jurídicos y valores por los cuales se lucha.

- b. Atentar contra las instituciones que sostienen la República, el delito militar policial en ejercicio de una función, por su naturaleza, trasciende más allá de la esfera personal, compromete a las instituciones y un hecho, por la atención que suscita, contagia la formación y moral del militar o policía.
- c. Aumenta el espiral de violencia, cumpliendo, sin desear el objetivo del enemigo, dando la sensación de la existencia de un irracional uso de la fuerza y que la autoridad, la disciplina y el ejercicio del mando han sido sobrepasados.
- d. Crea un sentimiento de desconcierto o duda que permite o posibilita argumentos para sustraer del Fuero Militar numerosas conductas típicas que por su naturaleza constituyen delito de función. Además, contribuye a crear una separación artificiosa y generar contradicciones

entre la Fuerza Armada, la Policía Nacional y sus autoridades.

EL DELITO DE FUNCIÓN Y LA LEY N° 30151

El cumplimiento de una función por parte del militar y del policía implica un riesgo debido al uso de la fuerza; sin embargo, este hecho que puede causar lesiones, muerte o daños está exento de responsabilidad cuando las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional del Perú hacen uso de sus armas u otro medio de defensa en cumplimiento de su deber. En este contexto, ¿qué significa cumplimiento del deber? Para este propósito analicemos cuál es la misión del Estado. Según el artículo 44 de nuestra Constitución Política, son deberes primordiales del Estado: "Defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general (...)". Este mandato constitucional expresa en forma clara que los fines señalados por la Constitución Política a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional en los artículos 165 y 166 deben ser cumplidos por el personal militar y policial en armonía con el respeto a los derechos humanos contenidos en todo el texto de nuestra Carta Política, así como en los tratados y convenios internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

- (1) De este modo el cumplimiento del deber, que implica el uso de las armas u otros medios de defensa, tanto el aspecto ofensivo o defensivo debe ser con la clara visión y responsabilidad de respeto a los derechos humanos, porque cualquier exceso,

incumplimiento, negación o desconocimiento configuran un delito grave.

Esta situación requiere deslindar, analizar y juzgar cuándo y cómo se hizo uso de armas u otros medios de defensa en forma legal y válida, para cuyo efecto se requiere jueces idóneos, que conozcan la legislación militar policial, así como vivencias propias de quienes tienen como función el empleo de las armas. Es decir, deben ser asunto o competencia del Fuero Militar o Policial los asuntos referidos al uso de armas, y específicamente al uso de la fuerza, porque la dosificación de ella está íntimamente ligada a la disciplina, base fundamental de la eficiencia de los ejércitos.

EL ESTUDIO INTERDISCIPLINARIO DEL DELITO DE FUNCIÓN

El delito de función, por estar vinculado a la lucha antisubversiva, al quehacer diario de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, no solo debe estudiarse desde el punto de vista dogmático jurídico a efectos del deslinde jurisdiccional, sino debe formularse un examen interdisciplinario para analizar, desde una perspectiva sociológica, sus repercusiones en los diversos ámbitos; desde el punto de vista médico, para descubrir ese inmenso universo de vivencias psíquicas, y antropológicas, donde existe no el delincuente ferroz, sino el hombre atormentado, que en su momento fue sometido a la violencia, para combatirla, pero enfermó su espíritu, acalló sus valores, ahondó sus conflictos y terminó siendo víctima e inquilino de la violencia; por ello, más que conflictos de competencia jurisdiccional, airadas voces de reclamo, merecen la preocupación de todos los que estudian "al hombre y sus problemas", para encontrar solución, prevención y rehabilitación. Cuántos peruanos después de cumplir con su deber militar o policial en las zonas de emergencia o lugares de conflicto retornan a la vida de

hogar sin saber en qué momento han mellado su espíritu y son pasibles de los más diversos conflictos.

- (1) El Decreto Legislativo N° 1095, establece “Los miembros de las Fuerzas Armadas que intervienen en las operaciones militares desde su planeación, decisión, conducción y con posterioridad a ella, en las situaciones previstas en el artículo 5.1 del presente Decreto Legislativo, se

sujetan a las normas del Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos que sean aplicables”.

El problema es complejo y el correcto enfoque jurídico debe estar acompañado de un estudio real y múltiple de las ciencias humanas –histórico, político– y criminológicas para evitar la superficialidad y simpleza del comentario en la entrevista o el extrañamiento ante los hechos.

APROXIMACIÓN A UNA NOCIÓN DE DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL EN EL PERÚ

Tte. CrI. EP Roosevelt Bravo Maxdeo¹

“La adquisición de cualquier conocimiento es siempre útil al intelecto, que sabrá descartar lo malo y conservar lo bueno”. *Leonardo Da Vinci*.

91

RESUMEN

En este breve artículo, el autor pretende esbozar una noción de Derecho Penal Militar Policial desde la particular forma de ver este Derecho en el Perú, es decir, en estrecha relación con el concepto de delito de función previsto en el Título Preliminar del Código Penal Militar Policial vigente y, naturalmente, relacionándolo con las demás características que importan al Derecho Penal como son los delitos, las penas, las medidas de seguridad y demás consecuencias jurídicas que de ellos se desprenden.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde el **esencialismo metodológico** de Platón y varios de sus discípulos, “(...) corresponde al conocimiento o ‘ciencia’, el descubrimiento o la descripción de la verdadera naturaleza de los objetos, esto es, de su realidad oculta o esencia (...)”, concordando todos ellos en llamar a dicha descripción de la esencia de un objeto: **definición**².

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

2 POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Ediciones Paidós Ibérica. 1º edición, 1957, 6º reimpresión, Barcelona, 1994, p. 45.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, definición, entre otras acepciones, equivale a: “Proposición o fórmula por medio de la cual se define dando un conjunto de propiedades suficiente para designar de manera unívoca un objeto, individuo, grupo o idea (...)”³.

Expuestas tales consideraciones, resultaría pretencioso de nuestra parte formular una definición **unívoca-esencial** sobre Derecho Penal Militar Policial. Determinar la esencia del concepto, su verdadera naturaleza, su realidad oculta, o establecer sus propiedades de manera unívoca es una tarea basta, cuando la pretensión es apenas formular, en la medida de lo posible, una noción, conocimiento, concepto, idea o representación mental del Derecho Penal Militar Policial peruano, fuertemente influenciado por el concepto de delito de función, impuesto desde la Constitución y la ley, que limita la competencia de la jurisdicción militar policial en el Perú.

Para arribar a esa noción de Derecho Penal Militar Policial debemos previamente recordar algunas definiciones que se han propuesto en el Derecho comparado sobre Derecho Penal Militar y sobre Derecho Penal en general, puesto que son partes de un todo, o más propiamente, el primero es una rama del segundo, que confirma la calidad de complementariedad del Derecho Penal Militar. De otro lado, resulta también necesario, para

afirmar nuestra noción, realizar una somera revisión de lo que hoy se entiende en el Perú por delito de función.

DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL MILITAR EN LA LITERATURA COMPARADA

Diferentes autores han tratado de definir qué se entiende por Derecho Penal Militar; así, Edmund Mezger precisa que: “(...) es el conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena como consecuencia jurídica, a un hecho cometido en el ámbito militar”⁴.

Ruperto Núñez Barbero, citando a José María Rodríguez Devesa, refiere que se entiende por Derecho Penal Militar “aquellos preceptos que, provistos de las correspondientes sanciones penales, prohíben determinadas conductas atentatorias a los intereses militares tutelados por los primeros”⁵ y él mismo precisa que “el Derecho Penal Militar sustantivo será el constituido por aquellas normas que establecen los delitos y faltas militares, determinando sus penas y demás consecuencias jurídicas”⁶.

Para Vittorio Veutro⁷, el Derecho Penal Militar es “aquella rama del Derecho Penal que, dentro del cuadro general de la conservación y desarrollo de la comunidad social, asegura las condiciones esenciales para que las fuerzas armadas vivan, sean ordenadas y

3 Diccionario de la Lengua Española. Espasa-Calpe, 2005.

4 MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1958, p. 27.

5 Cf. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común*, Valladolid, 1961, p. 5.

6 NÚÑEZ BARBERO, Ruperto. *Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común*, s/d.

7 Con el grado de teniente coronel, Vittorio Veutro integró como fiscal el Tribunal Militar Territorial de Roma, que juzgó al ex-Teniente Coronel SS Herbert Kappler y a otros seis acusados por la muerte de 335 personas, en su mayoría de origen judío, en el caso conocido como “la matanza de las Fosas Ardeatinas”, hecho ocurrido el 24 de marzo de 1944, en el contexto de la Segunda Guerra Mundial. Vittorio Veutro llegó a la alta clase de Teniente General Fiscal General Militar de la República italiana. Fue también Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra.

eficientes, operando estrictamente en el ámbito de los fines del ejército”.

Por otra parte, para Cabanellas Torres el Derecho Penal Militar “Está constituido por las normas y principios que establecen los delitos por infracciones de los deberes del servicio por violar la disciplina del Ejército, por desobediencia o rebeldía de las fuerzas armadas ante los poderes legítimos del Estado y otras inherentes a la condición militar, con las consiguientes penas, de proverbial severidad”⁸.

Como podemos apreciar de las definiciones glosadas, dos son los elementos que no pueden faltar en la definición de Derecho Penal Militar: la referencia a los delitos y a las penas que, como veremos a continuación, estarán también presentes en la definición de Derecho Penal. Es necesario, asimismo, desde ya, resaltar un tercer elemento, relativo a la vinculación del Delito Penal Militar con “un hecho cometido en el ámbito militar”, que se relacione con “intereses militares tutelados” o “fines del ejército”.

DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL EN LA LITERATURA COMPARADA

Respecto de la definición de Derecho Penal, las referencias que haremos serán a autores nacionales; así, Raúl Peña Cabrera dice que: “Es la parte del Derecho Público que trata del conjunto de normas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que

se aplican a los titulares de los hechos punibles con la finalidad de prevenir y reprimir dichos hechos”⁹.

Para Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre “Derecho Penal es aquella parcela del ordenamiento, privativa de la sanción pública más grave, esto es, la pena como reacción jurídico-penal que recae sobre aquel infractor que mediante un obrar culpable ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados”¹⁰.

Finalmente, siguiendo a Hurtado Pozo, “El Derecho Penal sustantivo puede ser definido, en sentido objetivo, como el conjunto de normas promulgadas por el órgano constitucionalmente competente, que prevén, por un lado, la incriminación de comportamientos calificados de delictuosos y, por otro, las sanciones (penas y medidas de seguridad) previstas en tanto que consecuencias jurídicas de este comportamiento.”¹¹.

Sobre la referencia básica a los delitos y las penas, los autores citados “aderezan” sus definiciones con la naturaleza pública del Derecho Penal, la finalidad de este (prevención general y prevención especial), el órgano facultado para promulgar las leyes penales, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente tutelados, etc., que pueden, también, integrarse a una definición o noción, como hemos propuesto, de Derecho Penal Militar Policial. Entonces, ¿qué es lo diferente que debemos resaltar en nuestra noción de Derecho Penal Militar Policial? Ya lo sabremos.

8 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario militar*. Editorial Claridad.

9 PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Volumen I, 3ra. Edición, Lima, 1983, p. 23.

10 PEÑA CABRERA, Freyre. *Derecho Penal, Parte General*. 2da. edición, Editorial Rodhas, 2008, Lima, p. 29.

11 HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal, Parte General I*. Tercera edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005.

DELITO DE FUNCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y LA LEY

En la Constitución histórica del Perú, se hizo siempre referencia a la **justicia militar**. En algunas Constituciones, como en la de 1834, esa referencia fue explícita en cuanto a la organización de un Consejo Supremo de la Guerra¹²; y en otras, como la de 1933, la referencia fue general, en el sentido de que las leyes y reglamentos rigen la organización y la disciplina de las fuerzas armadas¹³.

En la Constitución de 1979, la referencia a la **justicia militar** no solo fue explícita, sino distinta a todas las anteriores, como respuesta, en parte, al procesamiento de civiles en la jurisdicción militar y más generalmente a las políticas del gobierno de facto que se inició el 3 de octubre de 1968, cuyo argumento de usurpación del poder, entre otras consideraciones, fue el cumplimiento de las obligaciones constitucionales de las Fuerzas Armadas¹⁴, dada la inestabilidad política interna existente.

La Constitución de 1979 quiso poner atajos a futuros golpes de Estado y en esa medida redefinió los fines constitucionales de la

fuerza pública. Respecto de la **justicia militar**, en ese mismo camino de redefiniciones, introdujo el concepto de “delito de función”¹⁵, cuando en la doctrina y en el Derecho comparado se usaban como moneda corriente los conceptos de delito militar o delito castrense.

En la Constitución de 1993 se ha manejado el tema dentro de semejantes parámetros¹⁶, salvo el exabrupto utilitario de pretender aplicar el Código de Justicia Militar a los terroristas, que, por lo demás, está hoy salvado por las adecuadas interpretaciones que se han hecho sobre su improcedencia.

Entre el 28 de julio de 1980, fecha en que entró en vigencia la Constitución de 1979, y el 2001, es decir, por más de veinte años, no se entendió siquiera con mediana claridad el concepto de delito de función; tanto, que se presentaron en el Congreso de la República múltiples proyectos de Ley para definirlo, naturalmente, sin éxito. El Código de Justicia Militar de 1980, presuntamente adecuado a la Constitución de 1979, no incluyó concepto o término alguno sobre el delito de función; por el contrario, la jurisdicción militar se siguió ejerciendo: (a) por razón del delito; (b) por razón del lugar; y, (c) por razón del

12 Constitución de 1834: “Artículo 110.- Habrá también un Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de Vocales y un Fiscal nombrados por el Congreso. Asimismo tribunales especiales, el número de sus Vocales, y sus respectivas atribuciones”.

13 Constitución de 1933: “Artículo 215.- Las leyes y los reglamentos militares rigen la organización de la fuerza armada y su disciplina”.

14 Constitución de 1933: “Artículo 213.- La finalidad de la fuerza armada es asegurar los derechos de la República, el cumplimiento de la Constitución y de las leyes y la conservación del orden público”.

15 Constitución de 1979: “Artículo 282.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el Artículo 235.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar” (artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 24949, publicada el 07/12/1988).

16 Constitución de 1993: “Artículo 173.- En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 solo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”.

estado de guerra¹⁷, siguiendo los parámetros clásicos, que en el caso peruano, los encontramos ya en el Código de Justicia Militar de 1898, el primero de su especialidad en nuestra vida republicana.

Jurisprudencialmente hablando, las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, al dirimir las contiendas de competencia entre las jurisdicciones militar y la común, tampoco abordaron con propiedad el tema, de forma que sus decisiones, en muchos casos, fueron erráticas y casi siempre impredecibles.

Este panorama fue cambiando paulatinamente a partir de 2001 con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD.HH., del Tribunal Constitucional y en menor medida, del propio Poder Judicial, de forma que hoy, sin más preámbulos, el Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094, vigente desde el 1 de septiembre de 2010, contempla una definición de delito de función en el artículo II del Título Preliminar, en los términos siguientes:

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

Como podemos apreciar del artículo glosado, tres características deben concurrir para la comisión de un delito de función: (a) el sujeto activo del delito debe ser un militar o policía en situación de actividad; (b) esa

conducta ilícita debe ser cometida en acto de servicio o con ocasión de él; y, (c) debe afectar bienes jurídicos esenciales para las FF.AA. y la PNP. Estas características serán también utilizadas por nosotros para formular, finalmente, nuestra noción sobre Derecho Penal Militar Policial.

NOCIÓN DE DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL DESDE LA VISIÓN PERUANA

En concordancia con nuestros planteamientos previos, diremos que el Derecho Penal Militar Policial es un Derecho Público especializado que trata del conjunto de normas que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que se aplican a los militares y policías en situación de actividad que cometen hechos ilícitos en acto de servicio o con ocasión de él, y que afectan bienes jurídicos propios, particulares y relevantes para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, con la finalidad de prevenir y reprimir dichos ilícitos ejemplarmente. Ahondemos ahora en la noción:

- a. El Derecho Penal Militar Policial es un derecho público, pues solo al Estado corresponde la persecución penal y al Poder Legislativo directamente, o al Poder Ejecutivo, por delegación, legislar sobre esta materia.
- b. Es especializado porque corresponde a la jurisdicción militar policial aplicar las normas de este Derecho, con autonomía, independencia e imparcialidad, con conocimiento de la particular vivencia militar, la compleja organización de las FF.AA. y de la PNP, y la especial connotación que

17 Para entender mejor estos conceptos, véase el Libro Segundo, Título Segundo (a quiénes se extiende la jurisdicción militar), artículos del 318 al 327 del Código de Justicia Militar de 1980, Decreto Ley N° 23214 de 24 de julio de 1980.

- tienen los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal Militar Policial.
- c. El Derecho Penal Militar se aplica solo a los militares y policías en situación de actividad que cometen hechos ilícitos en acto de servicio o con ocasión de él y no a civiles ni a militares o policías en situación de retiro.
 - d. Los bienes jurídicos afectados son propios, particulares y relevantes para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Estos bienes jurídicos son el orden, la disciplina, la jerarquía, la subordinación, etc., que son la base de la existencia de la fuerza pública.
 - e. Toda norma penal importa la afectación de bienes jurídicos relevantes que el Estado tiene la obligación de preservar en bien de la paz social, y cuando esta se ve afectada, el Estado, como parte de su política criminal, tipifica conductas como delitos que tienen como correlato una pena. “Las normas penales comprenden en su ámbito regulador, una norma de conducta y norma de sanción, como colofón del principio de legalidad.”¹⁸
 - f. Finalmente, las normas penales tienen una finalidad preventiva, prima facie, pero cuando esta finalidad no se cumple, debe reprimirse los hechos ilícitos, imponiéndose penas o medidas de seguridad tras un procedimiento previamente establecido. Esta represión, en el caso de los delitos de función militar policial, no busca resocializar o reinsertar al penado en la sociedad sino ejemplarizar.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Nuestra intención es aportar ideas para el debate permanente sobre los contenidos del Derecho Penal Militar Policial y contribuir, en la medida de lo posible, al buen andar de la jurisdicción militar policial en el Perú. Apreciamos que el trabajo que viene realizando el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar en la capacitación de los magistrados militares policiales del Fuero Militar Policial, impulsa esperanzadoramente la preocupación del magistrado militar policial por la investigación; así notamos de los artículos insertos en los dos números anteriores de *El Jurista del Fuero Militar Policial*. Como diría un periodista televisivo tras terminar de reportar una noticia desde el lugar de los hechos: seguiremos informando.

18 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit.

EL PLAZO PARA LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

*Coronel CJ. PNP.
Alexander Solórzano Maguiña¹*

“Poderoso es el Derecho, pero más poderosa es la realidad”.
Goethe

97

A manera de introducción, el fin primordial de la justicia militar es contribuir al mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional del Perú como una forma de garantizar los fines constitucionales relacionados con la **defensa, independencia, soberanía, integridad territorial, seguridad y orden interno de la República**.

En ese sentido, es de suma importancia contar con un Código Penal Militar Policial que viabilice el mantenimiento de la disciplina dentro de los principios constitucionales de los derechos fundamentales de la persona, del debido proceso y del **plazo razonable**, y que preste a los imputados las garantías necesarias en la investigación de los posibles hechos delictuosos.

El Código Penal Militar Policial, en lo que respecta a la parte procesal, se encuentra vigente desde el 1 de enero del 2011, por lo que transcurridos más de tres años de su aplicación, existe un problema relacionado con la duración del plazo de la “investigación preliminar”, el cual no ha sido expresamente precisado en el Código Penal Militar Policial.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Magíster en Derecho Civil y Comercial. Docente de pregrado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista. Fiscal Supremo Adjunto ante la Vocalía del FMP.

El artículo 356 del CPMP establece, entre otros supuestos, que el fiscal militar policial dentro de los quince días de practicada la investigación preliminar, dispondrá: 1) la apertura de investigación preparatoria; 2) la desestimación de la denuncia o de las actuaciones policiales o del instituto; y, 3) el archivo. **Sin embargo, no señala, de manera clara y precisa, el plazo de duración para la realización de los actos de la investigación preliminar**, lo cual dificulta la labor de los fiscales militares policiales, sobre todo, en la definición de sus planes iniciales de trabajo, estrategias y construcción de la teoría del caso.

De otro lado, si bien es cierto que en sede fiscal militar policial se ha expedido la Circular N° 013-2012-FSMP/SP del 27 de septiembre de 2013, señalando un plazo de sesenta días, también es verdad **que dicho plazo podría ser materia de cuestionamiento** por los denunciados o magistrados castrenses policiales por no hallarse establecido en el Código adjetivo, ya que este fue aprobado mediante decreto legislativo, el cual tiene rango de ley.

Siendo así, es necesario dilucidar y esclarecer los extremos de esta norma en beneficio de las investigaciones fiscales militares policiales y las garantías constitucionales de las partes, si se considera que en esta pre-etapa se obtienen los elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal a través de la posterior formalización de la investigación preparatoria.

Por consiguiente, formulamos la siguiente interrogante: ¿de qué manera la falta de plazo de duración de la investigación preliminar en el Código Penal Militar Policial afecta los principios del debido proceso y plazo razonable al personal militar policial denunciado?

Con base en este postulado vamos a desarrollar el tema en cuestión y encontrar la solución al problema planteado.

INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

La Constitución de 1993 introdujo cambios importantes dentro del sistema procesal penal; así, mediante el Decreto Legislativo N° 1094 se aprobó el Código Penal Militar Policial con un nuevo modelo procesal de corte acusatorio, garantista y adversarial, modelo adoptado por el legislador nacional siguiendo la tendencia de la legislación comparada, cuya razón de ser es la necesidad de adecuar la legislación a los estándares mínimos que establecen los tratados internacionales de derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), dejando de lado así el sistema inquisitivo.

El sistema acusatorio tiene como principales características: la separación de las funciones de investigación, el juzgamiento y la defensa. El juez asume las funciones de control de garantías de los derechos fundamentales de los sujetos procesales y el fiscal, por su parte, tiene a cargo la investigación y solicita las medidas coercitivas; el juzgamiento se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad de armas. La garantía de la oralidad es la esencia del juzgamiento, la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso, puesto que la lógica del nuevo sistema es que una institución fuerte conduzca la investigación, formule los cargos y represente a la sociedad en los juicios orales, otra se encargue de velar por la garantía dentro de la investigación y el juzgamiento, y una distinta, de la defensa del imputado.

Hasta antes del mencionado cuerpo legal, las funciones asignadas al fiscal militar, en el contexto de los sistemas inquisitivos eran muy secundarias. En estos modelos procesales, los fiscales cumplían funciones vinculadas al control de la legalidad del proceso judicial y no relacionadas con la investigación

activa, cuestión que normativamente era entregada a los jueces de instrucción. En la mejor de las hipótesis, el rol de los fiscales se traducía en una colaboración menor a la investigación judicial por medio de la presentación de algunos antecedentes y la solicitud de diligencias investigativas, que el juez de instrucción, a su discrecionalidad, podía decretar o negar. En la teoría, la principal función de los fiscales se desarrollaba durante el juicio, donde se esperaba que estos adquirieran protagonismo. Sin embargo, la realidad fue que la etapa de instrucción se constituyó en el núcleo del proceso y que los jueces asumieron un rol protagónico en la producción de la prueba en el juicio con lo que también en esta etapa se relegó al fiscal militar policial a un papel secundario.

El nuevo procesal penal militar se divide en tres etapas: la investigación preparatoria², el control de la acusación o la etapa intermedia³ y el juicio oral⁴, cada una de las cuales con su propia naturaleza, objetivos y características. En el proceso penal común, la investigación preparatoria se divide, a la vez, en dos subetapas: la investigación preliminar y la investigación preparatoria propiamente dicha. Nuestro Código Penal Militar Policial no dice nada al respecto, por lo que esto merece un futuro trabajo de investigación.

La investigación preliminar se encuentra prevista en el artículo 355 del Código Penal Militar Policial y es entendida como una etapa que antecede a la investigación preparatoria, la cual tiene por objeto determinar las

circunstancias del hecho y de sus autores y partícipes.

Antes de hablar sobre la investigación preliminar debemos tener claro que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación. Asimismo, tiene por finalidad determinar si la conducta inculpada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

En ese sentido, el fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de cualquier entidad del Estado o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria.

Esta investigación preliminar o diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata en el Fuero Militar Policial determinar las circunstancias del hecho y de sus autores y partícipes, mientras que en el fuero común, realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en el hecho, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente. Este último concepto también es de aplicación en el proceso penal militar. Además, el fiscal, al calificar la denuncia o

2 Se busca reunir los elementos de cargo y de descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y al imputado preparar su defensa.

3 Es la etapa de saneamiento, pues tiene por finalidad eliminar todo vicio o defecto procesal que pueda afectar la eficacia de lo actuado e impida la realización del juicio oral.

4 El juzgamiento, etapa estelar del proceso, se caracteriza por desarrollarse bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

después de haber realizado o dispuesto realizar la investigación preliminar, si considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley, desestimaré la denuncia y ordenaré el archivo de lo actuado.

Finalmente, si de la denuncia, del informe de los comandos militares policiales o de la investigación preliminar aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, el fiscal dispondrá la apertura de la investigación preparatoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 360 del CPMP.

En la investigación preliminar se realizan todas las diligencias urgentes e inaplazables destinadas a corroborar los hechos denunciados y determinar su delictuosidad, mientras que en una investigación preparatoria, su objetivo es reunir los elementos de convicción, de cargo o descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación. En ese sentido, para el inicio de la investigación preliminar solo se requiere la sospecha de la comisión de un delito⁵ y para la investigación preparatoria, la presencia de indicios reveladores que vinculen al imputado con la comisión de un delito.

De acuerdo a lo expuesto se puede señalar que la investigación preliminar es una etapa preprocesal que antecede a la etapa de

la investigación preparatoria en la cual se realizan las diligencias preliminares urgentes e inaplazables, **destinadas a corroborar los hechos denunciados y determinar su delictuosidad**. Por ejemplo, estudiar la escena de los hechos, obtener la ficha de identificación de los presuntos responsables, analizar el objeto, instrumentos o efectos del delito y, de ser urgentes e indispensables para cumplir el objetivo de dicha etapa, recibir las declaraciones del denunciante, del denunciado y de los posibles testigos presenciales de los hechos denunciados. Y en el supuesto que existan otras diligencias por realizar y estas no sean inaplazables y no exista urgencia en su realización y se presenten los requisitos señalado para la apertura de la investigación preparatoria, deberán realizarse en esta etapa. Siendo necesario precisar que todas las diligencias que se desarrollen se tendrán que realizar en mérito a una teoría del caso, que constituye la luz en el desarrollo de las diligencias iniciales.

La investigación preliminar es una etapa preprocesal por cuanto la formalización de la investigación preparatoria debe ser comunicada al juez; y al formalizarse la investigación preparatoria, el fiscal pierde la facultad de archivar sin intervención judicial, de lo que se desprende que el proceso penal recién comienza formalmente, valga la redundancia, con la formalización de la investigación preparatoria.

Asimismo, es necesario señalar que esta etapa procesal se puede originar en una denuncia, por informe de los comandos

5 En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala: "Respecto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal, la doctrina ha señalado lo siguiente: "(...) no se requiere que exista convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, solo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados". Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales; se requiere de su conformidad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional" (Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, del 28 de marzo del 2006, ff.jj. 27 y 28).

militares policiales o noticia inculpativa, en la sospecha de la comisión de un delito de oficio, con lo que se da inicio a la investigación. Esta investigación va a estar bajo la conducción del fiscal, el cual debe formular una estrategia de investigación desde una perspectiva técnico jurídica. Va a significar también que el fiscal ordene y oriente los elementos de juicio investigatorios necesarios para sustentar, válidamente, la promoción de la acción penal; el fiscal, además, va a recoger los elementos probatorios, se va a encargar de hacer los seguimientos y de practicar las pericias.

Para el inicio de la investigación preliminar solo se requiere la sospecha de la comisión de un delito, es decir, una posibilidad que se presenten los elementos configurativos de un tipo penal. Y en base a esta, el fiscal inicia la investigación preliminar, disponiendo la realización de las diligencias necesarias y urgentes para corroborar los hechos denunciados y determinar su delictuosidad, y luego de ello verificar si se presentan o no los presupuestos para formalizar una investigación preparatoria. Por ello, el objetivo fundamental de la investigación preliminar es **determinar si se presentan los presupuestos procesales establecidos en el Código Penal Militar Policial a fin de proceder a formalizar la investigación preparatoria**. Es decir, si existen indicios reveladores de la comisión de un delito, se ha identificado al autor y la acción penal no ha prescrito.

La investigación preliminar es de suma importancia para el éxito de la investigación, puesto que en ella se van a realizar las primeras diligencias frente a la sospecha de la comisión de un delito. En esta etapa se recibirán las primeras declaraciones, se practicarán las primeras actuaciones investigatorias,

es decir, se darán los primeros pasos de la investigación.

La importancia de esta etapa radica en la necesidad estatal de perseguir la conducta delictuosa; de conocer toda denuncia con características de delito, con la finalidad de verificar su contenido y verosimilitud; de conocer las primeras declaraciones; de recoger los primeros elementos probatorios; de asegurar estos; de adoptar las primeras medidas coercitivas o cautelares; y de decidir seguidamente si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la investigación preparatoria⁶.

En esta etapa se pueden recibir declaraciones, realizar pericias e incluso solicitar y/o practicar diversas medidas cautelares tanto personales (detenciones), como reales (embargo, incautación, etc.), siempre y cuando sean urgentes e inaplazables para corroborar los hechos denunciados y determinar su delictuosidad.

EL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es un principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. En el debido proceso, toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso y a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez.

El debido proceso establece que el Gobierno está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del Estado. Cuando el Gobierno daña a una persona sin seguir exactamente el curso de la ley, incurre en una

violación del debido proceso incumpliendo el mandato de la ley.

El debido proceso se ha interpretado frecuentemente como un límite a las leyes y los procedimientos legales, por lo que los jueces deben definir y garantizar los principios fundamentales de la imparcialidad, justicia y libertad.

El debido proceso penal es el conjunto de etapas formales e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales, cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución, con el objetivo de que los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y eventualmente sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos, y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.

Este principio procura tanto el bien de las personas como de la sociedad en su conjunto:

- Las personas tienen interés en defender, adecuadamente, sus pretensiones dentro del proceso.
- La sociedad tiene interés en que el proceso sea realizado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia, que permitan mantener el orden social.

El debido proceso contiene:

Derecho al juez predeterminado por la ley: el contenido esencial del derecho señala la prohibición de establecer un órgano jurisdiccional ad hoc para el enjuiciamiento de un determinado tema, lo que la doctrina denomina **tribunales de excepción**. Como consecuencias adicionales se establece el requisito que todos los órganos jurisdiccionales sean creados y constituidos por ley, lo que los inviste de jurisdicción y competencia. Esta constitución debe ser anterior al

hecho que motiva el proceso y ha de contar con los requisitos mínimos que garanticen su autonomía e independencia.

Derecho a un juez imparcial: no puede haber debido proceso si el juez es tendencioso. El juez debe ser equidistante respecto de las partes, lo que se concreta en la llamada “bilateralidad de la audiencia”.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y tutela procesal efectiva: significa que la persona tiene derecho a recibir la protección del Estado durante un proceso penal y a ser satisfechos sus derechos fundamentales, como el plazo razonable y otros consagrados en la Constitución Política del Perú.

El derecho de defensa: el principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

Motivación de las resoluciones: todas las resoluciones expedidas por el órgano jurisdiccional deben estar fundamentadas y por escrito, señalando los fundamentos fácticos y jurídicos, para que, de esta forma, el afectado pueda impugnarlas si es que contiene defectos de forma o fondo.

Procesos sin dilaciones indebidas: aquí entra el plazo razonable y significa que un proceso penal no puede durar indefinidamente, sino que debe resolverse dentro de los términos perentorios fijados en el proceso penal.

La duración excesiva del proceso no está permitida por la ley, sin embargo, existen criterios para ampliar el plazo, como la complejidad del caso, dificultades en la investigación, la razonabilidad y otros criterios que han sido previstos por el ordenamiento penal.

Pluralidad de instancia: implica que el órgano superior debe revisar al inferior. No se permite procesos de instancia única.

La cosa juzgada implica una revisión de resoluciones por: error (indebida aplicación o no aplicación de normas sustantivas); vicios (vulneración a normas procesales); y permite a la institución corregir sus propios errores y al justiciable aplicar la justicia en su caso.

Ejecutar las resoluciones: es lo que se conoce como tutela cautelar y corresponde al órgano jurisdiccional hacer efectivas las sentencias o resoluciones emanadas de un proceso regular.

EL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE

Es una manifestación del debido proceso que hace válidamente que una causa sea llevada con todas las garantías debidas y en un tiempo prudencial.

El artículo 8.1 de la Convención Americana señala que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías “dentro de un plazo razonable”, derecho exigible en todo tipo de proceso.

La referencia al plazo razonable también se encuentra prevista en el artículo 7.5. de la Convención Americana, en relación con la libertad personal, que establece “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso (...)”.

El derecho al plazo razonable de duración de un proceso tiene una connotación adicional en el ámbito penal, pues en caso de no cumplirse, el inculcado detenido o retenido tiene derecho a que se decrete su libertad.

Para la Corte, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable “tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente”.

Como señala Pablo Grillo Ciocchini: “el proceso debe tener una duración que como mínimo –para resultar razonable– debe permitir su desarrollo a los principios de igualdad y bilateralidad en un grado acorde con las cuestiones en disputa (...)”⁷.

El tiempo razonable para la duración del proceso debe medirse según la doctrina y jurisprudencia imperante en una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculcado y la diligencia de las autoridades competentes para la conducción del proceso; sin embargo, consideramos que la complejidad del caso se debe determinar no solo por la cantidad (de procesados, agraviados, incidentes), sino también por la especial y particular presentación del caso concreto, esto es, por la calidad del caso, como pueden ser sus implicancias sociales, humanas, dificultad en la investigación, en el desarrollo de la actividad probatoria, en la actividad criminalística, etc.

Los factores que influyen el plazo razonable son:

Complejidad del caso: se toma en cuenta factores como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de los agraviados o inculcados o algún otro elemento que permita concluir con un alto grado de objetividad que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil.

Actividad procesal del procesado y razonabilidad: es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado, de la denominada “defensa obstruccionista” (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional (caso Bozzo Rontonda, Expediente N° 0376-2003-HC/TC, FJ. 9C) ha sostenido que “si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no incriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculcado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza al fiscal militar para que mediante actos positivos desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso”.

Actuación de los órganos judiciales (prioridad y diligencia debida): en relación a la actuación de los órganos judiciales, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia (caso Berrocal Prudencia Expediente N° 2915-2004-HC/TC), ha sostenido que será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que le es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o los repetidos cambios de juez, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia, en general.

En el presente artículo se toma como base normativa y jurisprudencial del plazo razonable, lo siguiente:

- 1) Circular N° 013-2012-FSMP/SP del 27 SET 2013; que fija el término de 30 días hábiles para el plazo de duración de la investigación preliminar).
- 2) Código Procesal Penal (artículo 334).
- 3) Código Penal Militar Policial (artículos 355, 356 y 368 del CPMP).
- 4) Sentencia Casatoria N° 02-2008, de fecha 3 de junio del 2008, sobre diligencias preliminares - plazo de duración, que dice:

“Atendiendo a que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables; de acuerdo a la complejidad o dificultades existentes en esta etapa, dichas diligencias preliminares en la hipótesis más extrema no será mayor que el plazo máximo regulado para la investigación preparatoria”.

DISCUSIONES RESPECTO AL PLAZO DE DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

El artículo 355 del Código Penal Militar Policial regula la investigación preliminar desde el momento que el fiscal militar policial la promueve; esta tiene por finalidad practicar los actos urgentes o inaplazables, destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión e individualizar a las personas involucradas.

El artículo 356 del CPMP establece, entre otros supuestos, que el fiscal militar policial, dentro de los quince días de practicada la investigación preliminar, dispondrá:

- 1) la apertura de investigación preparatoria;
- 2) la desestimación de la denuncia o de las

actuaciones policiales o del instituto; y, 3) el archivo. **Sin embargo, no señala de manera clara y precisa el plazo de duración para la realización de los actos de la investigación preliminar**, lo cual dificulta la labor de los fiscales militares policiales, sobre todo en la definición de sus planes iniciales de trabajo, estrategias y construcción de la teoría del caso y siendo así, es necesario dilucidar y esclarecer los extremos de esta norma en beneficio de las investigaciones fiscales militares policiales y de las garantías constitucionales de las partes, si se considera que en esta preetapa se obtienen los elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal a través de la posterior formalización de la investigación preparatoria.

La justicia militar policial, por la propia naturaleza de los delitos que regula (delitos de función) y por la calidad de los sujetos activos involucrados, tiene una especial dificultad para la realización de sus procedimientos de investigación, si se considera que: en la mayoría de los casos el personal militar o policial es cambiado de colocación; los hechos se suscitan en distintas regiones del país, lo que dificulta el acopio de elementos de convicción; hay complejidad de algunos casos, la actividad procesal de las partes con afanes obstruccionistas; se producen cambios de situación en el servicio de los involucrados o testigos; etc.; todo lo cual obliga, de manera racional, a fijar un plazo razonable para que el fiscal militar policial realice una eficiente y eficaz investigación preliminar.

Mediante la Circular N° 001-2012 del 10/01/2012, la Presidencia de la Fiscalía Militar Policial estableció que el plazo de la investigación preliminar es de 30 días naturales; sin embargo, la realidad y el ejercicio de las actuaciones del fiscal militar policial, han demostrado que en la mayoría de los casos, el plazo mencionado resulta insuficiente, atendiendo a las circunstancias del caso y, básicamente, la complejidad del asunto y la

actividad procesal de las partes, razón por la cual resulta necesario efectuar un cambio sustancial en torno al plazo de la investigación preliminar y establecer dicho plazo mediante la modificación del Código Penal Militar Policial o mediante la aprobación de un acuerdo plenario.

Al respecto, el artículo 30 de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y el Artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, en casos de vacío o defecto que pudiera existir en él, autorizan la aplicación supletoria de las normas sustantivas y procesales que rigen para la justicia ordinaria, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a sus preceptos y fines. Consecuentemente, es pertinente aplicar las normas de la justicia ordinaria, para dar solución a la problemática suscitada en torno al plazo de la investigación preliminar.

En el proceso penal común se ha presentado la misma problemática de plazo insuficiente en la investigación preliminar, así mediante la Ley N° 30076 del 19/08/2013, se ha modificado el artículo 334, numeral 2 del nuevo Código Procesal Penal, regulando este extremo del procedimiento. Asimismo, mediante Casación N° 02-2008 del 03/06/2008, se fija el plazo máximo de duración de la investigación preliminar.

Teniendo en cuenta que el Código Penal Militar Policial no precisa el plazo de duración con que cuenta el Fiscal Militar Policial para realizar la investigación preliminar, resulta de aplicación supletoria lo regulado en artículo 334 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley N° 30076 de fecha 19 de agosto del 2013; en cuanto establece: Numeral 2° “El Plazo de la Diligencias Preliminares conforme al Art. 3 (de la Ley N° 30076, sobre modificaciones al Código Procesal Penal), es de 60 días, salvo que se produzca la detención de una persona. No

obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación”. El plazo se computará en días hábiles (artículo 248 del CPMP).

Asimismo, es de aplicación supletoria lo establecido en la Sentencia Casatoria N° 02-2008 de fecha 3 de junio del 2008, sobre diligencias preliminares - plazo de duración, en cuanto precisa que: “Atendiendo a que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables; de acuerdo a la complejidad o dificultades existentes en esta etapa, dichas diligencias preliminares en la hipótesis más extrema no será mayor que el plazo máximo regulado para la investigación preparatoria”; que en nuestro caso es de seis meses (artículo 368 del CPMP). Dicha fijación se efectuará mediante disposición fiscal debidamente motivada y fundamentada.

CONCLUSIONES

La falta de un plazo para la investigación preliminar en el Código Penal Militar Policial afecta los principios del debido

proceso y plazo razonable al personal militar policial denunciado, por lo que al no existir dicho plazo, resulta pertinente remitirnos por aplicación supletoria al artículo 334 del Código Procesal Penal, donde se establece que la investigación preliminar tendrá un plazo de sesenta días, la cual se ampliará hasta seis meses, de acuerdo a la complejidad o dificultades existentes en esta etapa, en concordancia con la Sentencia Casatoria 02-2008 del 3 de junio de 2008, sobre diligencias preliminares.

RECOMENDACIONES

En forma inmediata: que el Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial apruebe un acuerdo plenario fijando el plazo para la investigación preliminar, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

En forma mediata: modificar el artículo 355 del Código Penal Militar Policial, fijando el plazo para la investigación preliminar, debiendo remitirse el proyecto de ley y exposición de motivos al Congreso de la República.

EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y LA INCORPORACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENA EFECTIVA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

Sin perjuicio de la interposición de recurso
de apelación

C. de N. CJ. Carlos Schiaffino Cherre¹
C. de N. CJ. Luis Jiménez Ames²
C. de N. CJ. Carlos Castañeda Lavini³
C. de F. CJ. Miguel Cárdenas Pomareda⁴

INTRODUCCIÓN

107

Uno de los pilares de los derechos fundamentales de la persona es la libertad personal. Los derechos fundamentales, como principio y fin en la defensa de la persona humana, deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica en los Estados democráticos de derecho. En la estructura normativa, los derechos fundamentales aparecen consagrados en la Constitución, cobrando prevalencia sobre los demás derechos adjetivos que complementan la vida en sociedad del hombre.

- 1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestro en Derecho Civil por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV); egresado del Doctorado en Derecho por la UIGV; diplomado en Derecho Ambiental por la PUCP; diplomado en Jurisdicción Militar Policial en Convenio con UNFV-CAEJM; Docente en la ESUP y en la ESNA. Presidente del Tribunal Superior Militar Policial del Centro.
- 2 Abogado por la UIGV; egresado de la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV); egresado del Curso Básico de DD. HH. y DIH y del Curso Superior de DD. HH. y DIH del Centro de DD. HH. y DIH de las FF. AA.; Secretario General del Fuero Militar Policial; Presidente del Consejo de Guerra Permanente de la Zona Judicial de la Marina; y Vocal del Tribunal Superior Militar Policial del Centro; Procurador Público de la Marina.
- 3 Fiscal Supremo Adjunto ante la Vocalía Suprema del Tribunal Supremo Militar Policial.
- 4 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM); egresado de la Maestría en Ciudadanía y Gobernabilidad del Instituto de Gobierno y Gestión Pública de la Universidad San Martín de Porres (USMP); doctorado en la Escuela de Posgrado de la UNMSM; diplomado en Contrataciones del Estado URP; diplomado en Derecho Administrativo por la Universidad Ricardo Palma (URP); Juez Militar Policial N° 11. Lima.

Así, derechos fundamentales, como el derecho a la libertad, el debido proceso, entre otros derechos de índole social y/o económico, son la piedra angular sobre la cual descansa la superestructura jurídica de las democracias. Así, los derechos fundamentales son la expresión de un ordenamiento libre ya realizado y, al mismo tiempo, son el presupuesto para que este se reconstruya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos.

Hoy en día, el fuero militar policial no constituye una isla dentro del sistema jurídico peruano, ni dentro del sistema internacional de los derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, pues dicho fuero tiene base constitucional sustentada en el artículo 179 de la Constitución de 1993, si bien es cierto con funciones distintas a las del Poder Judicial, ya que tiene competencia exclusiva en delitos de función que puedan cometer militares y policías en situación de actividad; sin embargo, ello no exceptúa que en este fuero también sean aplicables los principios y derechos de la función jurisdiccional que establece el texto constitucional, razón por la cual se debe respetar los derechos fundamentales de la función jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que **la libertad personal** no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, mas su ejercicio no es absoluto e ilimitado, sino que se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley. Por ello es que los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma en que se reconocen tales derechos.

La libertad personal, particularmente podemos escindirla en la libertad física, el libre albedrío, el desenvolvimiento de la persona libre, etc., y en la libertad de movimiento, que si bien es cierto es el derecho de irse o

quedarse, de desplazarse libremente de un lugar a otro y sin interferencias indebidas, tiene un objetivo inmediato que es el de proteger al individuo de cualquier arresto o detención arbitraria o de cualquier privación ilícita de libertad (lo cual debemos tener presente al analizar la detención preventiva).

El principio de inocencia es un principio fundamental del Estado de derecho, por tanto, es considerado el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la privación de libertad procesal. Nuestra Constitución lo ubica dentro de los derechos fundamentales de la persona, pues afirma que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2, inciso 24, e). Este principio es una de las garantías fundamentales que posee toda persona, por ello la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta que el Estado, por intermedio de los órganos judiciales, no pronuncie la sentencia penal firme que lo declare culpable y someta al ciudadano a una condena, la misma que emerge por la necesidad del juicio previo.

De allí que podemos afirmar que el imputado es inocente durante la sustentación del proceso o que los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aun cuando respecto a ella se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa. Por lo tanto, la sentencia constituye la única forma de declarar esa culpabilidad y de señalar a un sujeto como autor o partícipe culpable de un hecho punible y, por tanto, la única forma de imponer una pena a alguien.

Este principio se basa en una presunción *juris tantum*, válida hasta que se demuestre

lo contrario con prueba idónea; por tanto, el imputado de la comisión de un delito, por la presunción de inocencia solo queda como sospechoso durante la investigación y trámite del proceso y solo desaparece esa presunción de inocencia cuando la sentencia es condenatoria.

La razón de ser del derecho a la presunción de inocencia es la seguridad jurídica y la necesidad de garantizarle a todo acusado que no será condenado sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción y demuestren su culpabilidad mediante una sentencia condenatoria en su contra. La presunción de inocencia se confunde en ocasiones con el principio *in dubio pro reo*. La primera opera en todos los procesos, considerándose inocente al procesado mientras no exista medio de prueba convincente que demuestre lo contrario. Luego de practicadas las pruebas, la segunda actúa como elemento de valoración probatoria, puesto que en los casos donde surja duda razonable, debe absolverse. A través de la carga de la prueba se quiere resolver las dificultades probatorias. Uno de los extremos que debe cumplirse para no violar la presunción de inocencia consiste en que la verdad *iuris tantum* solo puede desvirtuarse por una prueba de cargo, aportada por la parte acusadora. Dicha prueba debe ser suficiente para excluir la presunción de que goza el inculpado durante todo el proceso penal; de manera que concatenada con otros indicios, determine la culpabilidad del sujeto.

La detención judicial consiste en la privación de libertad del imputado mediante su ingreso en un centro penitenciario por un tiempo determinado máximo establecido por la ley con diferente grado de previsión,

impuesta durante la sustanciación del proceso penal, que tiene como función asegurar la efectividad y la presencia del imputado a la causa penal. Esta, como afirma Roxin⁵, es la injerencia más grave en la libertad individual, pero indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal de justicia eficiente.

Esta institución se encuentra regulada por los artículos 135 a 139 del Código Procesal Penal; por tanto, la detención preventiva, que también la prevé la doctrina de la CIDH, indica que es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizando la investigación preliminar, intimidando a los testigos o destruyendo evidencias.

La presunción de inocencia pertenece a los derechos fundamentales de la persona y sobre ella se erige el proceso penal. Por ello, a toda persona imputada debe reconocérsele el derecho subjetivo de ser considerado inocente, permitiéndole conservar un estado de no autor, en tanto no se expida una resolución judicial firme.

Si bien es cierto que toda persona tiene derecho a recurrir un fallo condenatorio con el que no esté de acuerdo, ante el juez o tribunal superior para su posterior revisión, si existe ya una condena condenatoria, la ejecución provisional de esta debe efectivizarse, incluso, de forma inmediata, según nuestro punto de vista, razón por la cual concluimos proponiendo la urgencia de la incorporación en el Código Penal Militar Policial de la ejecución provisional de la condena a pena efectiva.

Ahora bien, en el marco de la regulación internacional, se establece que si los

5 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Trad. de Gabriela Córdoba y R Pastor. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

derechos de los ciudadanos están amenazados no solo por los delitos sino también por las penas arbitrarias, la presunción de inocencia no solo es una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o, si se quiere, de defensa social: de esa “seguridad” específica ofrecida por el Estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica “defensa” que se ofrece a estos frente al arbitrio punitivo. La introducción en nuestro texto constitucional de la presunción de inocencia tampoco es ajena a ello, por tanto es congruente y viene a reforzar lo que ya establecen convenciones y tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado peruano. Así, por ejemplo, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispone en su párrafo primero: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. En el mismo sentido, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Dentro de la diversa bibliografía consultada para la presente tesina, encontramos la opinión acertada del constitucionalista Luigi Ferrajoli, que sostiene que como una medida adecuada para reforzar el principio de libertad personal propone constitucionalizar una “reserva de Código Penal”. Esta reserva tendría un doble objeto: en primer término que ninguna medida privativa de la libertad pudiera establecerse fuera del Código Penal (con excepción de ciertas medidas como los arrestos); en segundo lugar, que el Código Penal fuera aprobado y reformado por una mayoría calificada en las cámaras legislativas.

En palabras de Ferrajoli sobre esta reserva de código, habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el Código Penal o en el Procesal, y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados.

Por tanto, se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al Derecho Penal y restituirle su naturaleza de extrema ratio. Una nueva codificación informada en el principio “todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos”, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menor que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque solo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constriñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el Derecho Penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia cuasi constitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.

Teóricamente, abordaremos la importancia del derecho a la libertad personal, así como otros conceptos relacionados con nuestro tema materia de investigación, vinculando dicha relevancia con la aplicación de la presunción de inocencia, pues existen principios y presupuestos procesales mínimos que siempre debe reunir todo proceso judicial para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad de resultado socialmente aceptable, que nos llevará a concluir nuestro interés de proponer la incorporación en el Código Penal Militar Policial de la figura de la ejecución provisional de la condena a pena efectiva, ya que sin perjuicio de la impugnación realizada a la sentencia en primera instancia, si bien es cierto que toda

persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca lo contrario, si la jurisdicción militar policial condena al funcionario, debería preverse también la posibilidad de la ejecución provisional de la condena.

Por ello, es importante que en algunas excepciones el legislador, como es el caso de nuestra jurisdicción militar, incluya propuestas como la nuestra que permitiría lograr una regulación a nuestro criterio mucho más adecuada al principio de proporcionalidad.

Recordemos que una sociedad bien constituida se traduce en una sociedad madura y civilizada, que confía en sus instituciones y viceversa; es así como se genera y procura el bienestar de todos, y se preserva la razón y la cordura como principios esenciales que deben servir de referentes obligados para lograr la armonización que pretendemos. Por tanto, debemos adoptar medidas positivas con la finalidad de que se facilite el pleno disfrute de los derechos fundamentales como la libertad, así como la aplicación de la presunción de inocencia, y solo así se podrá determinar los mecanismos de garantía, en cada caso concreto.

ANTECEDENTES

El derogado Código de Justicia Militar, aprobado por Decreto Ley N° 23214 y modificado por Ley N° 26677, establecía en su artículo 631, segundo y tercer párrafos, lo siguiente:

“Cuando se dicte sentencia condenatoria contra el acusado que esté libre, este, si no es Oficial en servicio activo, quedará en detención mientras se lleve a cabo la revisión de la sentencia o se resuelva la apelación que se hubiese interpuesto.

Las sentencias condenatorias contra Oficiales, solo podrán ejecutarse cuando el

fallo quede firme, aplicándose entonces al mismo tiempo que la pena privativa de libertad la accesoria de separación del servicio durante el tiempo de la condena”.

Como se puede observar, la ejecución de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad se realizaba en forma inmediata, quedando detenido el condenado sin importar que el caso se encuentre en revisión, apelación o consulta. El supuesto de hecho para aplicar tal medida era únicamente que se tratase de un oficial apartado del servicio activo.

El trato desigual que empleaba la legislación militar en materia jurisdiccional para los oficiales solo podría tener como explicación el inconveniente de ver afectado el servicio, debido a la ausencia inesperada de dicho personal. En efecto, la ejecución inmediata de las sentencias condenatorias contra oficiales en situación de disponibilidad y de retiro no afecta el servicio por cuanto estos no desempeñan un empleo dentro de los cuadros orgánicos del personal de las instituciones armadas, a diferencia del personal en el activo que sí cumplen una función. El perjuicio por la ausencia de este personal se deja sentir con mayor preponderancia en las unidades operativas.

Para aclarar lo propuesto debemos sostener que a un oficial que había cometido ilícitos se le mantenía en filas en virtud a que las sanciones administrativas, cuando se iniciaban procesos sancionadores, demoraban demasiado, tanto que se permitía a esta persona que debió ser separada de la institución rápidamente a través de esa vía, permanecer ocupando un empleo. Por lo general, esto llevaba a no tomar ninguna medida administrativa, por lo que el oficial era invitado a pasar a la situación de retiro a fin de año con el proceso de renovación; el enfoque de la propuesta de modificación legislativa tiene como sustento desarrollar dos líneas o

situaciones diferentes; la primera, el oficial, a pesar del delito cometido, permanece, y la otra en la que el oficial comete desertión y no permanece en el Instituto. En cuanto al primer escenario, la rapidez del ámbito administrativo, a pesar de la nueva Ley del Régimen Disciplinario, no ha mejorado la celeridad que se esperaba, por lo que hasta el momento de presentar este artículo podemos señalar que, incluso, constituye un retraso para la justicia militar policial al no poder recibir las actas de juntas o comités del personal militar policial en forma oportuna.

Es importante resaltar que el diseño de los códigos militares o militares policiales consiste en establecer como regla para el personal condenado la pena efectiva, no debiendo importar si está o no en actividad al momento de la condena adicionalmente, esta pena debe ser cumplida en primera instancia; la excepción es aplicar pena suspendida que requiere motivación de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso.

La disposición legal en referencia, aun cuando no lo establecía, en la praxis, también era de aplicación para la ejecución de condenas contra el personal subalterno, así como el procedente del servicio militar; sin embargo, con respecto a este, no se aprecia un tratamiento diferenciado como sí se puede observar en relación al personal superior. A diferencia del caso de los oficiales, la norma materia de análisis no hace distingo entre si se trata de ejecutar condenas para personal en servicio activo o no, de tal modo que sin interesar su condición en el servicio, la condena siempre se ejecutaba inmediatamente.

Cabe mencionar que la justicia militar sufrió un proceso de discusión constitucional en los años 2000-2002, durante el gobierno de Valentín Paniagua, que debilitó su vigencia, producto de las acciones de garantías a

las cuales fue sometida, ocasionando incertidumbre sobre su continuidad. En este punto, queda en evidencia un periodo de tiempo en el cual no se registran condenas efectivas. Si bien es cierto que para el año 2006 se propone un nuevo Código Militar Policial, Decreto Legislativo N° 961, su promulgación no sirvió de mucho por cuanto dejaba vigentes rezagos del Código anterior, conocido como Código de Justicia Militar de 1980, sobre todo en las normas procesales; en consecuencia, no fue una herramienta de mejora sino todo lo contrario.

Las nuevas disposiciones en materia procesal, dispuestas inicialmente por el Decreto Legislativo N° 961 y, posteriormente, por el Decreto Legislativo N° 1094, no fueron de aplicación para los procesos en curso, vale decir, para aquellos iniciados durante la vigencia del Código de Justicia Militar de 1980. De modo tal que la ejecución de las sentencias condenatorias expedidas en dichas causas debían seguir la misma línea de acción, es decir, se ejecutaba inmediatamente la condena si el condenado era oficial en situación de disponibilidad y retiro, así como personal subalterno o procedente del servicio militar.

La casuística no revela que la aplicación del artículo 631 del Código de Justicia Militar de 1980 haya generado controversia por una indebida concepción de este en el aspecto de establecer un trato distinto entre personal en servicio activo y el que no lo es, entre personal superior y personal subalterno, así como el procedente del servicio militar. Es así que no se registra información sobre reclamo o pedido para que la norma se declare inconstitucional, ni tampoco se tiene conocimiento de la tramitación de algún proceso de hábeas corpus derivada de la ejecución de sentencias condenatorias en estos términos, digamos que dicha disposición legal se aplicó sin mayor contratiempo.

Por otro lado, no se puede dejar de mencionar que el país, en la década del noventa, no era un referente de cumplimiento de normas supranacionales. Esto no solo alcanzó a la justicia militar, sino también al Poder Judicial común y otras instituciones del Estado. Luego de lo mencionado anteriormente, se incorporan nuevos estándares en el Código de Justicia Militar que llevó a una discusión sobre la continuidad de la justicia militar, hasta la promulgación del Decreto Legislativo N° 1094, consiguéndose poner fin a la discusión sobre si es o no constitucional la justicia militar, así como nos proporciona una legislación de avanzada que contempla el respeto irrestricto al procesado y circunscribe el accionar de la justicia militar al juzgamiento de delitos de función para el personal militar y policial en actividad, garantizando no solo un debido proceso sino también incorpora el reconocimiento a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Sin embargo, se tiene conocimiento que en el año 2010, el juez del 11° Juzgado Militar Policial perteneciente al Tribunal Superior Militar Policial del Centro, haciendo uso del control difuso, inaplicó la citada disposición legal al considerar que era contraria al principio de igualdad ante la ley, previsto por la Constitución Política del Perú y, en consecuencia, atendiendo al principio de ultractividad benigna, resolvió con arreglo a lo establecido por el artículo 464 del Código Penal Militar Policial, en el sentido de que la ejecución de la condena no se ejecutaba inmediatamente en tanto que al haberse interpuesto recurso impugnatorio de apelación la sentencia condenatoria no había adquirido el carácter de cosa juzgada; en consecuencia, los

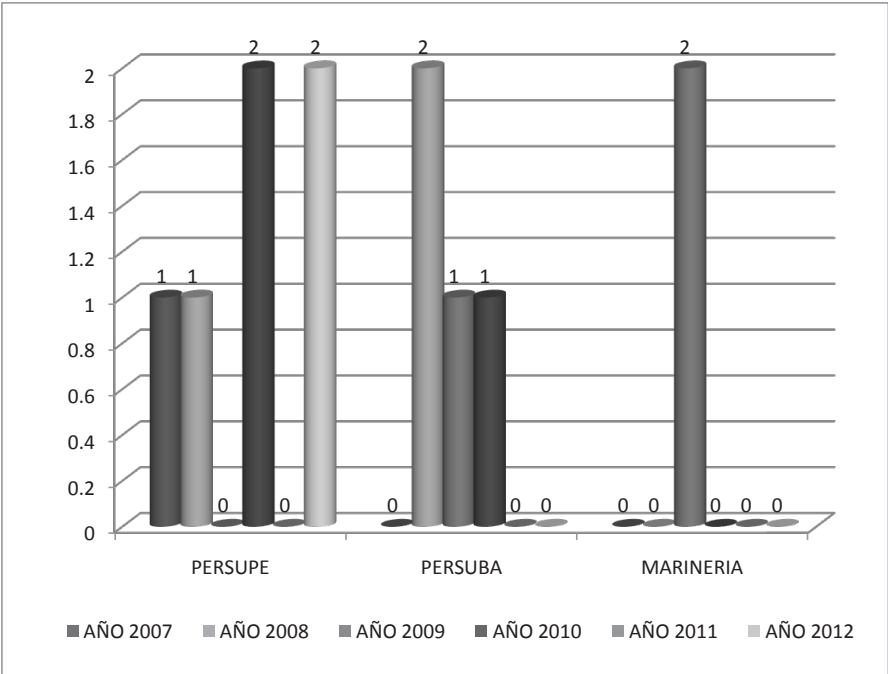
procesados continuaron afrontando sus procesos en libertad.

Con la finalidad de establecer algunos parámetros se vio por conveniente realizar un muestreo tomando como base de datos los libros de toma razón que obran en los archivos del Juzgado Militar Policial N° 11 - Lima, que anteriormente tenía la denominación de Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de Marina, con lo cual se podía tener una curva más o menos real de la actividad procesal desde el año 2007 al presente, así como el respectivo corte entre procesos bajo el modelo antiguo y el nuevo modelo; debemos advertir en este punto que la información procesada solo corresponde a la base de datos de expedientes en ejecución que estaba a la mano.

De la información se puede llegar a las siguientes conclusiones:

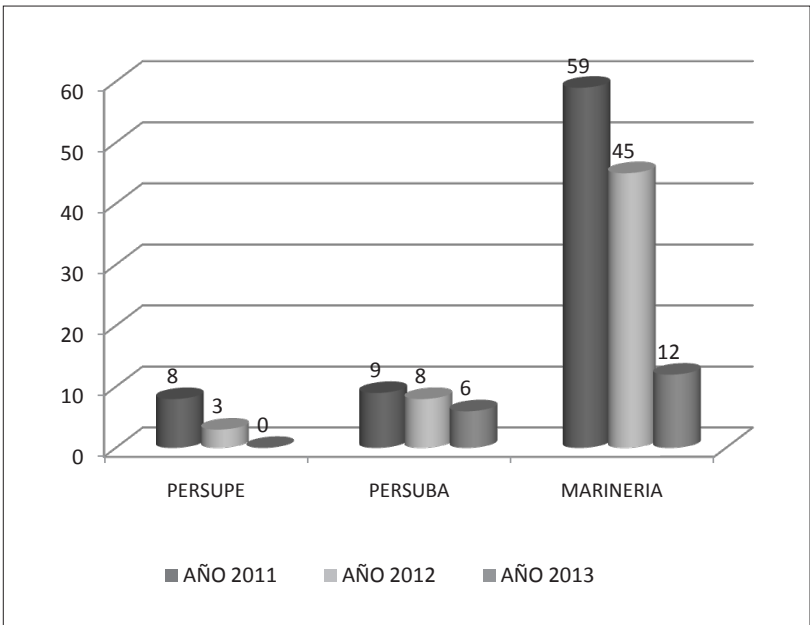
- La pena efectiva fue la excepción, no la regla.
- Cuando se impusieron penas efectivas, se cumplían desde la primera sentencia en primera instancia.
- Las penas impuestas no sobrepasaban los seis meses.
- Las reparaciones civiles no fueron canceladas.
- Se concedieron facilidades para el pago de las reparaciones civiles no solo en plazos, sino también se autorizó descuentos de cuotas irrisorias, tan así es que a la fecha aún existen expedientes que demandarían por los menos veinte años para cancelar la obligación.

CONDENAS EFECTIVAS DICTADAS POR EL JUZGADO NAVAL

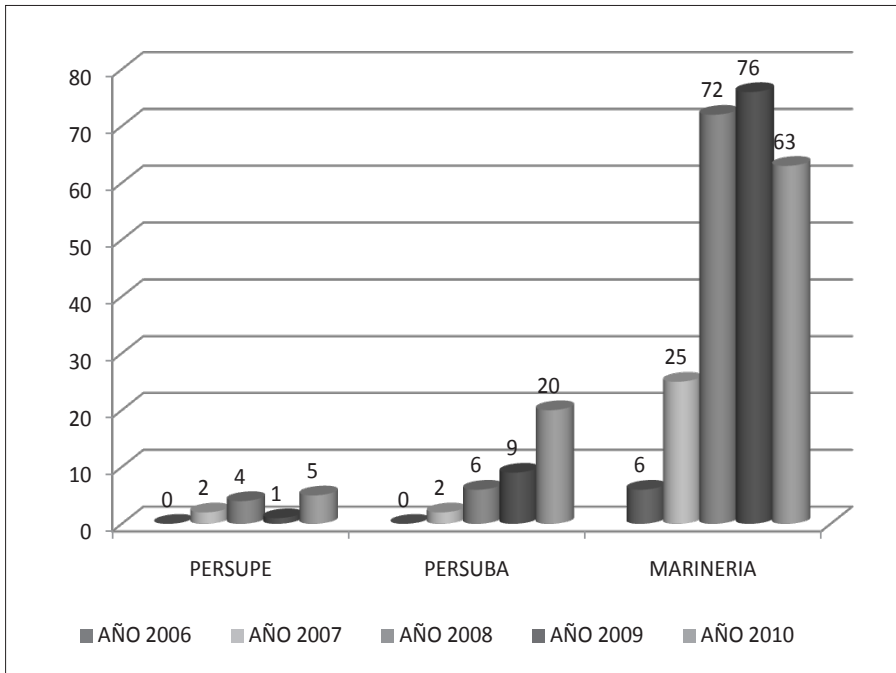


CONDENAS SUSPENDIDAS DICTADAS POR EL JUEZ NAVAL

DECRETO LEGISLATIVO N° 1094 NUEVO MODELO DE JUZGAMIENTO



ANTIGUO MODELO DE JUZGAMIENTO CONDENA SUSPENDIDA



LEGISLACIÓN COMPARADA

Bolivia

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR

Artículo 1.- (No puede existir condena sin previo proceso)
Nadie puede ser condenado sin haber sido escuchado y juzgado en juicio, de acuerdo con las disposiciones establecidas en este Código.

Concuerda: C Pto P: 1.

Artículo 6.- (No hay sanción sin culpabilidad). No se puede sancionar, moral ni materialmente, al encausado mientras no se demuestre su culpabilidad mediante sentencia judicial ejecutoriada, salvo las medidas preventivas y de seguridad que considere necesarias el juzgador y las establecidas en este Código.

Concuerda: C Pto P: 3, 5; CPE: 16, 33.

Uruguay

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR

Artículo 459.- Las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, serán ejecutadas en la forma que se establezca en el capítulo siguiente.

Artículo 460.- Las sentencias pasan a formar cosa juzgada y se hacen ejecutoriadas:

- 1° Cuando la ley no permite en la causa otra instancia, ni recurso ordinario.
- 2° Cuando las partes las consienten expresa o tácitamente, a no ser que se trate de las causas en que la apelación es forzosa.

Capítulo XXIX. De la ejecución de las sentencias

Artículo 462.- La ejecución de las sentencias definitivas, una vez pasadas en autoridad de cosa juzgada, corresponde al Juez que ha conocido en el proceso en primera instancia.

Artículo 473.- Las penas impuestas a los militares no privarán a sus familias de los derechos que estas tengan adquiridos hasta el día de ejecutoriada la sentencia condenatoria del causante.

Colombia

CÓDIGO PENAL MILITAR COLOMBIANO

Capítulo I. Ejecución de penas.

Artículo 598.- La ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia debidamente ejecutoriada, corresponde a las autoridades penitenciarias bajo la supervisión y control del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en coordinación con el juez de

ejecución de penas y medidas de seguridad.

En todo lo relacionado con la ejecución de la pena, el Ministerio Público podrá intervenir e interponer los recursos que sean necesarios.

Artículo 599.- Acumulación Jurídica.

Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer.

No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad.

Chile

CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Artículo 137 bis.- Las disposiciones del artículo precedente no impiden ni suspenden, en caso alguno, el cumplimiento de las penas privativas de libertad en la forma prevista por el artículo 86 del Código Penal.

En consecuencia, la circunstancia de existir un mandamiento de detención o prisión expedido con anterioridad o posterioridad al momento de hallarse ejecutoriada la sentencia, no obstará al cumplimiento de la pena, ni modificará el régimen penitenciario al que, en conformidad al Reglamento, deba someterse el condenado.

DERECHOS FUNDAMENTALES: DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Marco teórico

La jurisdicción militar en la última década ha tenido una evolución normativa en la que se puede apreciar un mayor apego al respeto de los derechos fundamentales de la persona y dentro de esa evolución, una real vigencia de los derechos humanos. Se han superado etapas críticas y paradigmas.

Hoy en día el Fuero Militar Policial no constituye una isla dentro del sistema jurídico peruano, ni dentro del sistema internacional de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Dicho fuero tiene base constitucional sustentada en el artículo 179 de la Constitución de 1993, con funciones distintas a las del Poder Judicial, pues tiene una competencia exclusiva en delitos de función que puedan cometer militares y policías en situación de actividad. Si bien se distingue del fuero común, les son aplicables los principios y derechos de la función jurisdiccional que establece el texto constitucional. Conforme lo anota Víctor García Toma⁶ “El carácter excepcional de la jurisdicción conlleva a admitir su valor de modo restrictivo y residual; amén que en su seno son aplicables los principios constitucionales vinculados con la administración de justicia”.

Conforme a lo expuesto, la jurisdicción común y la militar policial tienen como aspecto vinculante, que cada una administra justicia teniendo como base de referencia

obligatoria el respeto a los derechos fundamentales de la función jurisdiccional.

Cabe citar al catedrático y juez Víctor J. Arbulú Martínez, quien al referirse a los tratados internacionales como fuente de derecho que establecen garantías procesales, cita el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana de Derechos Humanos⁷ y señala: “El fuero ordinario y militar están obligados a respetarlos, además de ser extendidas estas garantías en el fuero especial de comunidades campesinas y nativas. No hay justificación para su inaplicabilidad. Las violaciones de estos derechos pueden ser enmendadas con las acciones de garantías constitucionales y si la jurisdicción constitucional no corrige, entonces están las instancias supranacionales como la CIDH o la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Entre estos derechos, se encuentra el debido proceso legal (en lo sucesivo, DPL), que fue incorporado a nuestro ordenamiento constitucional de 1993, cuando el artículo 139, numeral 39, señala dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Conforme lo aprecia Aníbal Quiroga León⁸, el DPL está “íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial”, y asimismo lo conceptúa como una institución del Derecho Constitucional Procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que siempre debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia,

6 GARCÍA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. Editorial Adrus, 2da. Edición, 2013, p. 957.

7 ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. *Derecho Procesal Penal*. Tomo 1, Legales Ediciones, Lima, 2013, p. 36.

8 QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Debido proceso legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Jurista Editores, 2003, p. 47.

razonabilidad y legitimidad de resultado socialmente aceptable.

Para García Toma, el DPL es un derecho continente, pues alude a una pluralidad autónoma de facultades aplicables en los procesos y procedimientos de carácter jurisdiccional y “se acredita la violación al debido proceso cuando se impide, limita o desconoce algún derecho, principio o garantía de naturaleza procesal que se encuentra reconocida por la Constitución o los tratados internacionales de los que el Perú es parte. La referida infracción debe ser producida por un agente jurisdiccional al interior de un proceso o procedimiento a su cargo⁹.”

Dentro del DPL, como actor principal en un proceso penal se encuentra la presunción de inocencia (en lo sucesivo, PI), que ha adquirido autonomía y expreso reconocimiento en la normativa internacional de derechos humanos y en el Derecho Constitucional.

En el sistema normativo nacional, la presunción de inocencia se incorporó como un Derecho Constitucional al establecer la Constitución de 1979, en su artículo 2, numeral 20, inciso (f), lo siguiente: “*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*”.

Posteriormente, la Constitución de 1993 lo establece a través del artículo 24, inciso 2.

En el campo de las normas internacionales de las que el Perú es parte, la PI está regulada en las normas siguientes:

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos: artículo 11.
- b) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: artículo XXVI.

c) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: artículo 14.

d) Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 8, numeral 2 “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Para Fanny Quispe Farfán, la PI significa, primero, que nadie tiene que construir su inocencia, segundo que solo una sentencia declarará esa culpabilidad jurídicamente construida, la cual implica adquisición de un grado de certeza; tercero, que nadie puede ser tratado como culpable mientras no exista esa declaración, y cuarto, que no puede haber ficciones de culpabilidad (partes de culpabilidad que ya no requieren ser probadas), ello siguiendo los comentarios de García Toma¹⁰.

Este último autor señala que la PI “se presenta como una verdad social y jurídica que no requiere de argumentación ni probanza; y que solo debe ser desestimada con la adquisición de certeza jurisdiccional de culpabilidad al concluirse un proceso”.

Al tratar la PI, Arbulú Martínez indica que “Esta garantía del procesado puede ser desvirtuada en la actuación probatoria hasta que se determine su responsabilidad por sentencia”. Asimismo, agrega como efectos prácticos del principio de PI que limita las medidas de coerción que pudieran aplicárseles, como la privación de la libertad, que no está obligado a probar su inocencia, ya que la carga de la prueba corre a cargo de la parte acusadora. Asimismo, cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06613-2006-HC/TC del 02/07/2007, donde se establece que la PI no

9 GARCÍA TOMA, Víctor. Ob. Cit., p. 977.

10 Ibídem, p. 986.

conlleva una presunción absoluta, sino una presunción *iuris tantum* y desvirtuada durante la actividad probatoria, siendo posible la admisión de medidas cautelares personales, en tanto sean dictadas bajo criterio de razonabilidad y proporcionalidad¹¹.

Frente a lo expuesto, toca ahora examinar si la incorporación en el Código Penal Militar Policial de la figura jurídica de la ejecución provisional que contempla el Código Procesal Penal del 2004, pudiera afectar el DPL o la PI.

En primer término debemos establecer en qué caso sí afectaría el debido proceso. Ello se presentaría, si algún tribunal del Fuero Militar Policial, al emitir sentencia condenatoria por un delito de función con pena efectiva de privación de la libertad, aplicara la ejecución provisional de dicha pena recurriendo al artículo XV del título preliminar del Código Penal Militar Policial –Decreto Legislativo N° 1094– (en lo sucesivo, CPMP), que permite cubrir vacíos o defectos con las normas del fuero común. En este supuesto, advertimos que sí habría afectación del debido proceso, pues no se puede aplicar normas que restringen derechos, como la libertad personal que es derecho fundamental, mientras el CPMP no sea modificado expresamente, incorporando en su regulación la ejecución provisional. También se iría contra el principio de legalidad, pues no podemos extrapolar una regulación no prevista expresamente para la justicia militar policial.

Con relación a la PI, nuestra apreciación se basa en que este principio no es absoluto, sino que a medida que se avanza en las distintas etapas probatorias, se va fortaleciendo o se va debilitando.

Bajo el modelo procesal penal acusatorio con rasgos adversariales, frente a una noticia criminal se dan distintas etapas en la investigación, en las que la fiscalía tiene que ir reuniendo elementos de convicción para pasar de una investigación preliminar a una etapa preparatoria. Este sería un primer momento en que el fiscal va reuniendo información sobre un hecho criminal con un presunto responsable, y respecto de él su derecho a la PI sufre un primer golpe. Si el fiscal sobresee, significa que su apreciación inicial ha desvanecido su hipótesis de presunta responsabilidad penal, y, por lo tanto, recupera íntegramente la PI.

Si se formula acusación por la fiscalía, lleva a que hay mayores elementos de convicción y ocurre un segundo momento de mayor fisura en la PI.

Un tercer momento es cuando el juez emite un auto de enjuiciamiento a fin de que se lleve a cabo el respectivo juicio oral. Si bien el juez no ingresa aspectos sustantivos al proceso penal y tiene un papel con facultades limitadas, la emisión de ese auto significa que ya se ha cumplido con el debido proceso legal para que se dicte dicha resolución judicial y, por ende, que hay medios probatorios que se deben actuar para determinar la responsabilidad imputada.

Producto de realizarse el juicio oral, habrá dos situaciones que fortalecerán o no la PI. Producto de la actuación ya de las pruebas admitidas, debatidas en el contradictorio y valoradas por el tribunal respectivo, el juez superior se habrá formado convicción respecto a la inocencia o culpabilidad del procesado.

La absolución por el Tribunal Superior Penal Militar o por la Sala de Guerra deja sin efecto la acusación fiscal y, por lo tanto, la recuperación integral de la PI.

11 ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. Ob. cit., p. 61.

Por el contrario, una sentencia condenatoria del órgano jurisdiccional militar policial, con una pena efectiva de privación de la libertad lleva a un margen importante de resquebrajamiento de la PI. Es allí donde se presenta la necesidad para la justicia militar policial de poder contar con una herramienta legal como la ejecución provisional de la condena.

HIPÓTESIS

Es conveniente incorporar a la justicia militar policial una norma que le permita ejecutar **provisionalmente** las sentencias condenatorias que imponen pena efectiva en los delitos de función de forma similar al Código Procesal Penal común, atendiendo a que los actos delictuosos que se consideran como infracción en el Código Penal Militar Policial afectan principalmente a las Instituciones Armadas y Policía Nacional del Perú e impacta en un pilar como la disciplina que es consustancial en militares y policías, de tal manera que sirva de herramienta para la prevención de ilícitos similares a futuro, así como constituir el elemento que permita disuadir a militares y policías de cometer delitos. El modelo procesal del fuero común, que contempla la figura jurídica de la ejecución provisional de sentencias privativas de la libertad sería favorable en el sistema de la justicia militar policial para alcanzar los objetivos que se propone.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADA AL PRINCIPIO DE INOCENCIA, LIBERTAD INDIVIDUAL Y CUMPLIMIENTO DE PENA EFECTIVA

Conforme a lo enunciado por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, la **libertad personal** no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado, se encuentra

regulado y puede ser restringido mediante ley. Por ello es que los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma en que se reconocen tales derechos.

En efecto, conforme al artículo 2, inciso 24, literal b), de la Constitución Política del Estado, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Por tanto, para esclarecer la controversia, debe establecerse si el periodo de detención preventiva que cumple el demandante constituye una restricción del derecho a la libertad previsto en la ley y la Constitución.

Sobre lo mismo, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que “(...) como todo derecho fundamental, el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley” (Exp. N°1091-2002-HC/TC).

Con relación a la aplicación de las normas penales, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “en la aplicación de normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolver” (Exp. N° 2196-2002-HC/TC).

Siendo ello así, un ejemplo de la aplicación de lo mencionado en el párrafo anterior lo encontramos al resolver el caso del artículo 1 de la Ley N° 28105, que desde el 21 de noviembre de 2003 modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal, al establecer en su quinto párrafo, que “Una vez condenado en primera instancia el inculcado, la detención se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida”.

En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el **derecho**

a la Presunción de Inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a **que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.** (...)”. De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, “(...) la Corte ha afirmado que en el principio de Presunción de Inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que **una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada**”¹².

En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, numeral 24, inciso e de la Constitución Política del Estado, establece que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. De esta manera, el constituyente ha reconocido la Presunción de Inocencia como un derecho fundamental. El argumento del derecho a la Presunción de Inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, (artículo 1 de la Constitución), como en el principio pro homine.

Se ha señalado en la sentencia (STC N° 0618-2005-PHC/TC, fundamentos 21 y 22, que el derecho fundamental a la Presunción de Inocencia, en tanto que presunción iuris tantum, implica que “(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se

pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva”. De igual forma, se ha dicho (vid. STC N° 2915-2004-PHC/TC, fundamento 12) que “la Presunción de Inocencia se mantiene ‘viva’ en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)”.

En cuanto a su contenido, se ha considerado que el derecho a la Presunción de Inocencia (STC N° 0618-2005-PHC/TC, fundamento 22) comprende: “(...) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción”.

No obstante el desarrollo de tal derecho fundamental, es pertinente sentar algunas precisiones adicionales a efectos de una cabal comprensión y tutela del mismo. En primer lugar, se quiere decir que, como todo derecho fundamental, el derecho a la: Presunción de Inocencia tiene un doble carácter, esto es, que no solamente es un derecho subjetivo, sino también una institución objetiva, dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional.

En segundo lugar, este derecho no es absoluto sino relativo. De ahí que en nuestro

ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales –como la detención preventiva o detención provisional–, sin que ello signifique su afectación, “(...) porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho”¹³; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la Presunción de Inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tántum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria.

El artículo 8.2 de la Convención Americana dispone que:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

En la sentencia del caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, de fecha 12 de noviembre de 1997, la Corte Interamericana destacó que en el derecho a la PI “subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”. De este principio se deriva “la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”.

Para la Corte Interamericana, este derecho también “exige que una persona no

pueda ser condenada mientras no exista prueba plena [entiéndase prueba suficiente y pertinente] de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” (caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000).

De la jurisprudencia citada puede concluirse que el derecho a la PI se configura como una regla de tratamiento del imputado y como una regla de juicio. Sobre la extensión de este derecho, conviene tener presente que el Tribunal Europeo ha precisado que “no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida [en forma definitiva] por un tribunal” (caso *Lizas o Azconobieta c. España*, sentencia del 28 de junio de 2011).

Por dicha razón, el Tribunal Europeo ha precisado que la violación de ese derecho puede emanar no solo de un juez o de un tribunal, sino también de otros agentes del Estado y personalidades públicas (Cfr. caso *Allenet de Ribemont c. Francia*, sentencia del 10 de febrero de 1995; caso *Daktaras c. Lituania*, sentencia del 10 de octubre de 2000; y caso *Lizas o Azconobieta c. España*, sentencia del 28 de junio de 2011).

Como regla de tratamiento del imputado, los incisos 1 y 2 del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, prescriben que “toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada” y que

“hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”.

La violación del derecho bajo análisis como regla de tratamiento del imputado, fue comprobada por la Corte Interamericana en el caso Cantoral Benavides vs. Perú, por cuanto “el señor Cantoral Benavides fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado”.

Lo mismo ha ocurrido en el caso Lizas o Azconobieta c. España, en donde el Tribunal Europeo consideró la violación de este derecho porque “sólo tres días después del arresto y detención del demandante en el marco de una operación policial llevada a cabo contra la organización terrorista ETA, el Gobernador civil de Guipúzcoa organizó una rueda de prensa” en la que lo identificó “por su nombre en dos ocasiones” y se refirió al él “sin matices ni reservas, como uno de los miembros de un comando terrorista que habían sido detenidos en una operación policial” aun “cuando la investigación policial no había finalizado en el momento en el que se celebró la rueda de prensa”. Es más, la “rueda de prensa convocada por el Gobernador civil tuvo lugar cuando el demandante no había sido aún puesto a disposición del Juez para hacer su declaración”, es decir, antes “incluso de la apertura de diligencias penales contra el demandante”. Por dicha razón se concluyó que “[l]a rueda de prensa así realizada, de una parte, incitaba al público a creer en la culpabilidad del demandante y, de otra, prejuizgaba de la apreciación de los hechos por los jueces competentes”.

Como regla de juicio, la PI impone que para declarar la responsabilidad penal de una persona se “requiere de una suficiente

actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado” (inciso 1 del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

Esta perspectiva de la PI determina que no puede trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia (Cfr. STC N° 02192-2004-AA/TC).

Por dicha razón, en la STC N° 08811-2005-PHC/TC el Tribunal Constitucional estableció que el derecho a la PI reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal e) de la Constitución, obliga “al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones”.

El artículo 25, inciso 17, del Código Procesal Constitucional prevé el denominado **hábeas corpus correctivo**, que procede para tutelar “el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena”, puesto que aun cuando la libertad individual ya se encuentre coartada por un mandato judicial (detención provisional o cumplimiento de una pena) cabe el control constitucional respecto de los actos u omisiones que comporten la violación o amenaza de los derechos componentes de la libertad personal, como son, entre otros, el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la visita familiar y de manera muy significativa el trato digno y a no ser objeto de penas o tratos inhumanos

o degradantes (Cfr. SSTC N°s 590-2001-HC/TC, 2663-2003-HC/TC y 1429-2002-HC/TC).

Al respecto, este Tribunal ha tenido oportunidad de señalar, a través de su reiterada jurisprudencia, que “tratándose de personas privadas legalmente de su libertad locomotora, una obligación de la que no pueden rehuir las autoridades penitenciarias es la de prestar las debidas garantías para que no se afecte o lesione la vida, la integridad física y los demás derechos constitucionales que no hayan sido restringidos”. Ello supone que, dentro de márgenes sujetos al principio de razonabilidad, las autoridades penitenciarias no solo pueden, sino que deben adoptar aquellas medidas estrictamente necesarias para preservar los derechos constitucionales de los internos cada vez que existan elementos razonables que adviertan sobre el eventual peligro en el que estos se puedan encontrar [Cfr. STC N° 0726-2002-HC/TC, entre otras].

Por ello, cabe el control constitucional de las condiciones en las que se cumple la restricción del ejercicio de la libertad individual en todos aquellos casos en que esta se haya decretado judicialmente e incluso cuando sea consecuencia de una detención policial o de sujeción a un internamiento en establecimientos de **tratamiento** públicos o privados, siendo requisito sine qua non, en cada caso concreto, que el **agravamiento** respecto de las formas o condiciones en que se cumple la privación de la libertad sea ilegal o arbitrario.

CONCLUSIONES

La libertad personal no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.

Los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma en que se reconocen tales derechos.

Con relación a la aplicación de las normas penales, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que en la aplicación de normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolver, lo que implica que debe estar incorporada dentro de las normas del Código Penal Militar Policial la figura de la ejecución provisional de condena de pena efectiva, no hay forma de aplicar supletoriamente esta figura que sí se encuentra prevista en el Código Procesal común.

El fundamento del derecho a la PI se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, artículo 1 de la Constitución), como en el principio pro homine.

Frente a la PI, es pertinente sentar algunas precisiones adicionales a efectos de una cabal comprensión y tutela del derecho en mención. En primer lugar, se quiere decir que, como todo derecho fundamental, el derecho a la PI tiene un doble carácter. Esto es, que no solamente es un derecho subjetivo, sino también una institución objetiva, dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional.

En segundo lugar, el derecho fundamental a la PI no es un derecho absoluto, sino relativo. De ahí que en nuestro ordenamiento se admitan determinadas medidas cautelares personales –como la detención preventiva o detención provisional–, sin que ello signifique su afectación.

Las medidas descritas en el punto anterior deben ser dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la PI se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tantum* y no una presunción absoluta; de

lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que ella puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria.

De este principio se deriva “la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva”.

Las medidas restrictivas de libertad deben ser debidamente motivadas, así como dictadas bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad ya que, de lo contrario, pueden ser materia de revisión por el Tribunal Constitucional.

Si bien es cierto que existe un precedente emitido en el caso de Miguel Chehade, donde

el magistrado se aparta de lo regulado en el Código Procesal Penal, permitiendo que el condenado a pena efectiva continúe en libertad, no es un precedente vinculante; es más, a la fecha dicha sentencia ha sido confirmada e incluso se ha incrementado la pena, la misma que recién se está cumpliendo por cuanto el condenado se ha presentado a la justicia, poniéndose a derecho.

Finalmente, se recomienda gestionar el proyecto de ley que propone la incorporación en el Código Penal Militar Policial de la ejecución provisional de la condena a pena efectiva sin perjuicio de la impugnación realizada a la sentencia en primera instancia, porque se considera que resultaría de utilidad para los fines que persigue la justicia militar, sobre todo si consideramos que el margen de error se reduce en atención a la cantidad de procesos que se siguen.

APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Ante el desacuerdo judicial con el
requerimiento de sobreseimiento fiscal

Cmdte.CJ.PNP. Juan Carlos Monroy Meza¹

A manera de introducción, debemos precisar que al revisar el Código Penal Militar Policial vigente nos percatamos que existe una suerte de deficiencia legislativa, pues no se han tenido en cuenta situaciones que, en la práctica, pueden suscitarse, como se ha venido verificando en diferentes órganos jurisdiccionales militares policiales a nivel nacional, y es que la función de juez constitucional del magistrado militar o policial le obliga a cautelar la correcta aplicación del derecho y a fundamentar sus decisiones, de modo que no puede supeditarse a la decisión o posición de una de las partes sin verificar la legalidad procesal de su actuación.

Una de estas circunstancias la encontramos en la conclusión de la etapa preparatoria, ante el supuesto de que el fiscal a cargo de la investigación requiera el sobreseimiento y el juez o el vocal, según la competencia, se encuentre en desacuerdo con dicho requerimiento; la norma procesal en comento no prevé la regla a aplicarse ante tal panorama, por lo que nos preguntamos cuál es la alternativa que tiene el juez o el vocal para resolver el caso.

ENFOQUES A TENER EN CUENTA

Se debe tener en consideración que el Código Procesal Penal Militar Policial se ha puesto en vigencia recientemente, por lo que no existe

1 Magíster en Derecho Penal Militar y egresado del Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

jurisprudencia sobre el particular que nos pueda dar luces ante tal problemática propuesta. La doctrina no ha puesto en su agenda dicho tratamiento y la ley procesal específica no ha considerado el supuesto planteado, por lo que no lo regula.

Resulta adecuado resaltar que en la normativa comparada contamos con el Código Procesal Penal, que en su artículo 346² regula el supuesto materia de investigación y establece como solución normativa la elevación de los actuados al fiscal superior, para su pronunciamiento.

Sin embargo, existen posturas en contra de la aplicación supletoria de la mencionada norma procesal, pues señalan que el artículo XV³ del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, que habilita al juez para la aplicación supletoria, establece supuestos obligatorios, entre ellos, que la norma a aplicarse no se oponga a los preceptos y fines de dicho Código y tenga en cuenta su especial naturaleza; en tal sentido, consideran que la figura de la consulta no se adecua a dichos supuestos y atenta contra el principio acusatorio.

Otro criterio precisa que no puede aplicarse supletoriamente la norma procesal penal aludida, por cuanto estaríamos ante un vacío normativo y no se puede, procesalmente hablando, suplir vacíos legales en vía supletoria, debiendo, en todo caso, proponerse una reforma legislativa que regule en específico tal situación.

Ante la existencia de criterios opuestos se hace necesario abordar el tema revisando uno a uno los contenidos que guardan relación con la problemática y así tener un panorama amplio para el análisis. En tal sentido, desarrollaremos más adelante dichos conceptos.

EL SOBRESEIMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

Resulta necesario, para penetrar en nuestro análisis, iniciar su comentario teniendo como base la norma que regula la figura jurídica materia de estudio; en tal sentido, precisaremos las reglas que se refieren al sobreseimiento en el Código Penal Militar Policial.

En este orden de ideas, tenemos que la conclusión de la etapa preparatoria se encuentra prevista en el Capítulo IV y regulada en los artículos 370 y siguientes, con el texto que se transcribe a continuación:

“Artículo 370.- Actos conclusivos.

La etapa preparatoria concluirá a través de los siguientes actos:

1. La acusación del fiscal; y
2. El Sobreseimiento”

“Artículo 371.- Sobreseimiento.

El sobreseimiento procederá:

1. Si el hecho no se cometió;
2. Si el imputado no es autor o partícipe del mismo;

2 “Artículo 346.- Pronunciamiento del Juez de la Investigación Preparatoria

1. El Juez se pronunciará en el plazo de quince días. Si considera fundado el requerimiento fiscal, 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”.

3 “Artículo XV. Aplicación Supletoria (Título Preliminar)

En caso de vacío o defecto del presente código, serán de aplicación supletoria las normas previstas en los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos y fines de este Código”.

3. Si el hecho no se adecua a una figura penal;
4. Si media una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad;
5. Si la acción penal se extinguió; y
6. Si no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba ni fundamentos para la apertura a juicio”.

“**Artículo 372.-** Contenido de la resolución.

La resolución que decide el sobreseimiento deberá contener los datos del imputado, la enunciación de los hechos objeto de la investigación, **los fundamentos fácticos y jurídicos** y la parte resolutive, con cita de las normas legales en que se apoya”.

“**Artículo 373.-** Trámite.

Cuando el fiscal militar policial requiera el sobreseimiento, el juez ordenará la comunicación al imputado, al agraviado y al actor civil.

En el plazo común de diez días, fundadamente, podrán:

1. El actor civil, objetar el pedido de sobreseimiento y solicitar la continuación de la investigación;
2. El agraviado, objetar el pedido de sobreseimiento y requerir que el fiscal continúe la investigación; y
3. El imputado, pedir que se modifiquen los fundamentos o se precise la descripción de los hechos que sirvieron de base al sobreseimiento.

Cuando para resolver alguna de estas peticiones resulte necesario producir prueba, el juez militar policial de la investigación preparatoria convocará a audiencia

dentro de diez días. Quien ofreció prueba, tendrá la carga de presentarla en la audiencia. En los demás casos el juez resolverá sin más trámite.

El sobreseimiento podrá ser materia del recurso impugnatorio correspondiente”.

“**Artículo 374.-** Efectos.

Una vez firme, el sobreseimiento cerrará irrevocablemente el procedimiento con relación al imputado a cuyo favor se dicte e impedirá nueva persecución penal por el mismo hecho. Aun cuando no esté firme, cesará toda medida de coerción”.

SU DESARROLLO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Si bien al juez en el nuevo proceso penal común le está vedado inmiscuirse en labores persecutorias o arrogarse **funciones** requirientes 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, también es verdad que el artículo 346 del nuevo Código Procesal Penal establece que ante el requerimiento de sobreseimiento fiscal de la causa:

- “1. 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.*

(...).”

Como podemos observar, si considera fundado el requerimiento fiscal, el juez dictará auto de sobreseimiento; en caso contrario, expedirá un auto elevando las actuaciones al fiscal superior para que ratifique o rectifique la solicitud del fiscal provincial⁴.

El contexto normativo glosado 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 adversarial-acusatorio 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 discrepase o no considerase procedente el pronunciamiento no acusatorio del fiscal, está facultado para recurrir en consulta ante el fiscal superior, lo cual, creemos, resulta compatible a nuestro Sistema Penal Militar Policial por la semejanza entre ambos procesos, que en esencia tienen un mismo punto de partida.

Adicionalmente, y como antecedente a esta normativa, tenemos la recogida en el Código de Procedimientos Penales, que precisa: “Si el fiscal no formula acusación escrita, pese a que en opinión de la Sala Penal la investigación está completa y de ella resulta que existen elementos probatorios consistentes, expedirá un auto motivado disponiendo que el expediente sea elevado al Fiscal Supremo en lo Penal”⁵.

SOBRESEIMIENTO

El **sobreseimiento** (que proviene del latín *supercedere*, ‘desistir de la pretensión que se tenía’) es un tipo de resolución judicial que dicta un juez o un tribunal, suspendiendo un proceso por falta de causas que justifiquen la acción de la justicia. Habitualmente, es una institución del Derecho Procesal Penal⁶.

Según Andrés de la Oliva, es en general una resolución que pone fin a un proceso sin pronunciamiento sobre el fondo (así v. gr., cuando hay desistimiento). En sentido estricto, sobreseimiento es, en el proceso penal, la resolución judicial que en forma de auto puede dictar el juez, produciendo la terminación del proceso por faltar los elementos que permitirían la aplicación de la norma penal al caso, de modo que no tiene sentido entrar en la fase de juicio oral.

El sobreseimiento se dicta mediante un auto que puede ser objeto de apelación, y **en el Perú se le atribuye calidad de cosa juzgada, ya que pone fin a un proceso penal**, lo cual es muy distinto del **archivo fiscal**, que se produce cuando no hay fundamentos para proponer la incriminación al investigado.

En el Perú, por sobreseimiento se entiende lo contenido en el artículo 344 del Código Procesal Penal, concordante con el artículo 371 del Código Penal Militar Policial, sobre toda resolución judicial mediante la cual se decide la terminación del proceso penal en proporción de uno o diversos sujetos imputados, establecidos con anterioridad al momento en que el dictamen definitivo tenga potestad de cosa juzgada, por mediar una causal que impide, en forma concluyente, la

4 GALVEZ VIILEGAS, Tomás Aladino; RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *Código Procesal Penal, comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. D²JUS, p. 692.

5 MIXÁN MASS, Florencio. *Juicio oral. Derecho Procesal Penal*. Ediciones BCE, p. 152.

6 Wikipedia. Enciclopedia libre.

continuidad de la persecución penal e impide una posterior apertura de un proceso con los mismos sujetos respecto del mismo hecho.

El sobreseimiento, aun cuando es solicitado por el fiscal provincial penal o por el fiscal superior penal, es resuelto en un pronunciamiento decretado exclusivamente por el juez de la investigación preparatoria.

COSA JUZGADA

La **cosa juzgada** (del latín *res iudicata*) es el efecto impeditivo que en un proceso judicial ocasiona la preexistencia de una sentencia judicial firme, dictada sobre el mismo objeto. Es firme una sentencia judicial cuando en derecho no cabe contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. Este efecto impeditivo se traduce en el respeto y subordinación a lo decidido sobre lo mismo, en un juicio anterior. Por ello también se le define como la fuerza que atribuye el derecho a los resultados del proceso. Habitualmente se utiliza como un medio de defensa frente a una nueva demanda planteada sobre idéntico objeto que lo fue de otra controversia ya sentenciada, y que le cierra el paso.

Res iudicata es una expresión latina, del ámbito jurídico, que literalmente traducida significa ‘cosa juzgada’. Su significado, no obstante, es más profundo aún, llega más lejos en cuanto que es definitorio del “valor de la jurisprudencia” en el sistema del Derecho continental y enlaza con importantes principios jurídicos tales como el de seguridad jurídica o el de certeza del derecho.

La presencia de la *res iudicata* impide que una misma cuestión sea juzgada dos veces; por eso, ante un segundo litigio planteado sobre el mismo objeto nos permite alegar la “**excepción de cosa juzgada**” (*res iudicata*), y excluir, con ello, la posibilidad de ser juzgados por segunda vez.

La cosa juzgada constituye un principio general del Derecho que otorga autoridad inamovible a la sentencia o resolución judicial que ha quedado ejecutoriada o consentida, impidiendo que al justiciable se le inicie otro proceso judicial por el mismo hecho⁷.

Su efecto inmediato es la inadmisibilidad y prohibición de un nuevo juzgamiento⁸. Al respecto, se señala que normalmente tienen el carácter de resolución definitiva las sentencias, pero pueden también adquirir dicha calidad ciertos autos que derivan la extinción irreversible de la investigación, como, por ejemplo, un auto que declara fundada una excepción, un auto de **sobreseimiento** y otros⁹.

FUNDAMENTOS

Dentro de los motivos que han fundamentado la existencia de la institución de la cosa juzgada se encuentran los siguientes:

- **Certeza jurídica:** la cosa juzgada pretende satisfacer la necesidad de certeza de las situaciones que toda sociedad requiere; mientras que la necesidad de justiciarse pretende satisfacer a través de los recursos judiciales.
- **Estabilidad de los derechos:** con la cosa juzgada se persigue asegurar la estabilidad

7 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. IDEMSA, Lima, p. 332.

8 PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General*, p. 573.

9 DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. *Cuestiones previas y excepciones en el Proceso Penal peruano*. 2da. Edición, FECAT, p. 215.

y certidumbre de los derechos que las sentencias reconocen o declaran. Permite la inmutabilidad de los derechos adquiridos en virtud de las sentencias.

- **Separación de poderes:** la cosa juzgada reconoce el principio de separación de poderes al impedir a los órganos de los demás poderes (Ejecutivo y Legislativo) alterar o modificar los resultados del ejercicio de la función jurisdiccional, reiniciando un proceso ya terminado.
- **Seguridad jurídica:** que se manifiesta mediante el principio *non bis in idem*, siendo imposible la apertura de la misma causa una vez que concurren identidad de sujeto, objeto y causa. Asimismo, permite poner un punto finito a la labor cognoscitiva, en tanto el perdedor de la litis siempre los considerará injustos y querrá un fallo distinto. Mediante la autoridad de cosa juzgada se pone un límite a la revisión del proceso y a las relaciones que se han constituido o declarado.

EL DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES¹⁰

De conformidad con el artículo 139.3 de la Constitución, toda persona tiene derecho a la observancia del debido proceso en cualquier tipo de procedimiento en el que se diluciden sus derechos, se solucione un conflicto jurídico o se aclare una incertidumbre jurídica. Como lo ha enfatizado el Tribunal Constitucional, el debido proceso, tanto en su dimensión formal como sustantiva, garantiza el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia [Cfr. por todas, Sentencia recaída

en el Expediente N° 07289-2005-AA/TC, fundamento 3].

Pero el derecho fundamental al debido proceso, preciso es recordarlo, se caracteriza también por tener un contenido, antes bien que unívoco, heterodoxo o complejo. Precisamente, uno de esos contenidos que hacen parte del debido proceso es el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139.5 de la Constitución.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables” [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N° 01230-2002-HC/TC, fundamento 11]. De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N° 08125-2005-HC/TC, fundamento 10].

En su interpretación sobre el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, el Tribunal Constitucional ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:

10 Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 00037-2012-PA/TC. Lima. Scotiabank Peru S.A.A. Considerando 4°.

- a) **Inexistencia de motivación o motivación aparente.**
- b) **Falta de motivación interna del razonamiento**, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) **Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas**, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].
- d) **La motivación insuficiente**, referida básicamente al mínimo de motivación exigible, atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas; la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional, si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en esencia se está decidiendo.
- e) **La motivación sustancialmente incongruente**. El derecho a la tutela judicial

efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente, con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

De manera que si bien no todo ni cualquier error en el que, eventualmente, incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, cierto es también que el deber de motivar constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso.

Al respecto, habría que acotar que un auto de sobreseimiento conforma una resolución judicial que debe contar con motivación y esta no puede limitarse o remitirse a la motivación de una de las partes, vale decir, al requerimiento fiscal de sobreseimiento, menos aún si existe desacuerdo judicial con dicho pedido. Ello implicaría una transgresión del mandato judicial señalado, pero también de lo que dispone el artículo 156 del Código castrense, situación que hace necesaria

una actividad procesal adicional que avale tal pedido y justifique la resolución por falta de persecución a la luz de una doble instancia o, en caso contrario, dé paso a una evaluación más profunda en juicio oral con una acusación promovida por la instancia superior, sin que ello implique el rol imparcial del juez y es que su pronunciamiento deberá ser totalmente objetivo.

PRINCIPIO ACUSATORIO

La situación advertida en el párrafo precedente nos lleva a analizar con mayor detalle los alcances del principio acusatorio, de tal forma que podamos establecer si un pedido de revisión del requerimiento de sobreseimiento afecta este principio.

En tal sentido tenemos que este principio está previsto en el inciso 1 del artículo 356 del nuevo Código Procesal Penal: “El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú”. Consiste en la potestad del titular del ejercicio de la acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional penal, con fundamentos razonados y basados en las fuentes de prueba válidas, contra el sujeto agente del delito debidamente identificado. La dimensión práctica del acusatorio se concreta mediante el acto procesal penal que se denomina acusación. Sin acusación previa y válida no hay juicio oral. El órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento. “La acusación válidamente formulada y admitida produce eficacia (efecto) vinculante. Su fundamento es la idea rectora de que sin previa acusación es imposible, jurídicamente, el advenimiento del juzgamiento oral, público y contradictorio”.

En virtud del principio acusatorio se reconoce nítidamente la separación de

funciones para el desarrollo del proceso penal: al Ministerio Público le corresponde la función requirente, la función persecutoria del delito, por ello es el titular del ejercicio de la acción penal pública y de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio y está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado, con esa finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

En tanto que al órgano jurisdiccional le corresponde la función decisoria, esto es, la función de fallo; dirige la etapa intermedia y la etapa de juzgamiento; le corresponde resolver los conflictos de contenido penal, expidiendo las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley. Este esquema supone la intervención de un acusador activo que investiga y requiere de un Tribunal pasivo, un árbitro entre las partes que controla y decide, preservando la efectiva vigencia de la imparcialidad judicial.

El principio de división de poderes restringe la tarea de los jueces a funciones estrictamente decisorias, propias del Poder Judicial, y en este esquema el juez asume su rol de garante de la vigencia plena de los derechos humanos. Como lo sostiene Alberto Bovino, el principio acusatorio “es un principio estructural del derecho positivo, de alcance formal en los supuestos de persecución penal pública, este principio tiene como finalidad principal realizar la garantía de imparcialidad del Tribunal, esto es, la actuación objetiva del Tribunal, limitada a las tareas decisorias que no se comprometen con la hipótesis persecutoria”.

El contenido intrínseco del principio acusatorio es la necesidad del requerimiento del Ministerio Público para iniciar el procedimiento; se trata de una exigencia

que impide que el Tribunal inicie de oficio la investigación o someta a proceso de oficio al imputado. El juez, por iniciativa propia, no puede investigar o poner en marcha o impulsar el proceso. En consecuencia, el principio acusatorio implica la necesaria diferencia entre el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque ambas tienen una finalidad convergente: aplicar la ley penal en forma justa y correcta. Hay una diferenciación teórica, normativa y práctica entre la potestad persecutoria y la potestad jurisdiccional, por ello, el titular de la potestad persecutoria del delito, de la pena y del ejercicio público de la acción penal es el órgano fiscal; en tanto que al órgano jurisdiccional le corresponde exclusivamente dirigir la etapa intermedia y la etapa procesal del juzgamiento¹¹.

El principio acusatorio se erige como una de las garantías esenciales del proceso penal. Integra el contenido esencial del derecho al **debido proceso**, referido al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realiza el enjuiciamiento¹². Su primera y principal característica se resume en la sencilla fórmula: sin acusación no existe juzgamiento (*nemo iudex actore*). En tal entendido, guarda estrecha relación con la atribución que el artículo 159 de la Constitución confiere al Ministerio Público –entre otros– de ejercitar en forma exclusiva y excluyente la acción penal. Pues bien, siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de esta, el proceso deberá concluir con el sobreseimiento de la causa.

Debe quedar claro, entonces, que al juez le está vedado inmiscuirse en labores persecutorias o arrogarse funciones requirentes propias y exclusivas del Ministerio Público, 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 imparcial¹³.

La constitucionalidad de este principio ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, conforme fluye del pronunciamiento contenido en los Expedientes N°s 1939-2004-HC, Ricardo Ernesto Gómez Casafra; 3390-2005-HC, Jacinta Margarita Toledo Manrique; 2005-2006-PHC/TC, Enrique Humbert Sandoval. Conforme a ello, la vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni alguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) que no puede condenarse por hechos distintos de los que son materia de la acusación ni a persona distinta de la acusada; c) que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso, que cuestionen su imparcialidad.

La primera de las características mencionadas del principio acusatorio guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159

11 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. En: *Derecho & Sociedad*. Asociación Civil.blog.pucp.edu.pe/.../principios-del-proceso-penal-en-el-nuevo-código-pr...

12 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la ejecutoria correspondiente a la Queja N° 1678-2006, citando al español Vicente Gimeno Sendra.

13 Guido Enrique Castro Muelle, Fiscal Adjunto Provincial Penal, Apurímac-Perú: <<http://www.monografias.com/trabajos67/discrepancia-requerimiento-fiscal/discrepancia-requerimiento-fiscal2>>.

de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de esta, el proceso debe llegar a su fin. De modo análogo, recordemos que aunque no se trate de un supuesto de decisión de no haber mérito para acusar sino de no haber mérito para denunciar, puede citarse la sentencia recaída en el Expediente de inconstitucionalidad N° 0023-2003-AI/TC, en la que este Tribunal declaró inconstitucional la disposición del entonces vigente Código de Justicia Militar, que admitía la posibilidad de que si los fiscales no ejercen la acción penal, el juez instructor podría abrir proceso.

De acuerdo a la ya reseñada característica del principio acusatorio, la falta de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria, máxime si el fiscal tuvo la opción, en vez de acusar, de solicitar la ampliación de la instrucción. Es por ello que el Tribunal Constitucional, en un caso similar (Expediente N° 2005-2006-PHC/TC, Enrique Humbert Sandoval) determinó que si en un proceso penal el fiscal decide no acusar, y dicha resolución es ratificada por el fiscal supremo (en el caso del proceso ordinario) o por el fiscal superior (para el caso del proceso sumario), al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin.

Como podemos observar, el principio acusatorio no es absoluto y limitativo, pues deja la posibilidad de revisión en una segunda instancia, lógicamente, en la esfera del titular de la acción penal, es decir, del Ministerio Público, para el caso de la justicia castrense, el órgano fiscal, siendo claro que dicho pronunciamiento deba ser motivado por el órgano

judicial basado en un desacuerdo con el criterio fiscal por cuestiones objetivas propias del caso puesto a discusión.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El Derecho Penal es una rama del Derecho Público. En el Derecho Público el Estado tiene importancia; en el privado se regulan las relaciones entre los particulares y el Estado es un mediador; en cambio, en el Derecho Penal, Derecho Público, el Estado forma parte activa a través del juez, imponiendo sanciones. Como tal, debe compararse con el derecho madre (el Derecho Constitucional), que es el que organiza los poderes del Estado y la relación del Estado con los particulares.

Los principios de legalidad y de reserva se deben a que el Derecho Penal es una rama del Derecho Público y sus normas deben encuadrarse dentro de los principios de la Constitución.

El principio de legalidad penal es el fundamento en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal. “No hay delito sin ley anterior que lo establezca como tal” (*nullum crimen sine praevia lege*).

El principio de legalidad procesal *nullum iudicio sine praevia lege* (no hay proceso sin ley previa de cómo hacerlo). El principio de legalidad procesal es un axioma jurídico en virtud del cual el imputado no puede ser procesado con ley establecida posteriormente del acto u omisión presuntamente delictuosos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente¹⁴: Empero, **no** debe

14 Expediente N° 8957-2006-PA/TC. Piura. Orlando Alburqueque Jiménez. Del 22 de marzo de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional.

identificarse el principio de legalidad con el principio de legalidad procesal penal. El primero, garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, enunciado en el artículo 139.3, referido al aspecto puramente procesal, garantiza a toda persona el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos, al prohibir que esta sea desviada de la jurisdicción predeterminada, sometida a **procedimiento distinto** o juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción o por comisiones especiales.

Ahora bien, es cierto que el Código Penal Militar Policial no contempla entre sus normas procesales la consulta al fiscal superior, en caso exista discrepancia entre el juez y el requerimiento de sobreseimiento del fiscal, por lo que una decisión judicial disponiendo la elevación de los autos al fiscal superior, aparentemente vulneraría el principio de legalidad; sin embargo, también es verdad que tal figura legal se encuentra prevista en el Código Procesal Penal. Ahora bien, la cuestión radica en saber si se puede aplicar supletoriamente dicha norma o no; sobre el particular consideramos que el artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial aclara el panorama al establecer la aplicación supletoria de la ley, lo que, de ser cierto, nos coloca dentro de los alcances del principio aludido.

CONSULTA

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 emisión de una acusación puede afectar el juego de roles que sustenta el principio acusatorio; y, peor aún, constituir un prejuizgamiento que haga que el juez pierda imparcialidad? O, ¿hasta qué punto se puede mal utilizar esta facultad para que un juzgador se arroge poderes de dirección material del proceso, hasta convertirse en un persecutor encubierto, y ser a quien más le interese la condena?

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 para forzar su reversión a una acusación, 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 contra los derechos del inculpado.

Ahí se ha abordado precisamente el principio acusatorio y la posibilidad de que el auto de sobreseimiento, dictado previamente a que un Fiscal Superior haya ratificado u aprobado un dictamen no acusatorio expedido por su inferior –algo que según acertadamente lo había establecido el Tribunal Constitucional en el Expediente 3390-2005-PHC/TC, constituía **cosa juzgada**–, pueda ser anulado. 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 (que requieren otro enfoque al ahora planteado); 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 justificada:

- 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 o de prueba. En este punto la justificación radica en que se afecta el derecho a la prueba de la parte civil.
- c) Cuando el fiscal no haya orientado la investigación hacia determinados hechos que fueron objeto de denuncia y del auto de apertura de instrucción y, por consiguiente, no se haya pronunciado sobre ellos.

La invocación de estos supuestos amerita, según el caso concreto, un nuevo pronunciamiento del fiscal o una ampliación de instrucción. Sin embargo, el último alcance estaría cubierto por nuestra legislación castrense, por cuanto establece la posibilidad de que tanto el agraviado como el actor civil puedan observar la acusación y pedir la continuación de la investigación, mas no se prevé si de oficio o si a pedido del fiscal superior se pueda hacer.

Adicionalmente, conviene hacer mención a situaciones sugeridas por conocedores de la materia, como las siguientes.

Cuando el fiscal sustenta su decisión en una supuesta insuficiencia de pruebas o invoca una duda razonable (el consabido *in dubio pro reo*), pero sin haberse agotado las investigaciones, y existiendo aún la posibilidad de que puedan recabarse los elementos necesarios para cubrir tal ausencia o despejar la duda.

Cuando el fiscal sostenga una propuesta arbitraria o una errada calificación jurídica de los hechos (tipificación), el Tribunal Constitucional ha establecido que en el ejercicio de la función fiscal rige el principio de la **Interdicción de la arbitrariedad** que proscribe actividades fiscales, “caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica”. Por tanto, el sustento jurídico de un fiscal para solicitar el archivamiento de una causa debe ser, además de legal, razonable.

La exposición de cualquiera de estas razones para motivar un auto de discrepancia al requerimiento fiscal de sobreseimiento, libera al juez 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** un mal proceder del fiscal provincial, que, eventualmente, podría implicar una orden de acusar (si hay mérito para acusar, se tiene que acusar).

SUPLETORIEDAD DE LA LEY PENAL

La supletoriedad de las normas opera cuando existiendo una figura jurídica en un ordenamiento legal, esta no se encuentra regulada en forma clara y precisa, sino que es necesario acudir a otro cuerpo de leyes para determinar sus particularidades. Asimismo, la supletoriedad de leyes aplica solo para integrar una omisión en la Ley o para

interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes. Cuando la referencia de una ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en los supuestos no contemplados por la primera ley que la complementará ante posibles omisiones, o para la interpretación de sus disposiciones. Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones. La supletoriedad expresa debe considerarse en los términos que la legislación lo establece; de esta manera, la supletoriedad en la legislación es una cuestión de aplicación para dar debida coherencia al sistema jurídico. El mecanismo de supletoriedad se observa generalmente de leyes de contenido especializado con relación a leyes de contenido general. El carácter supletorio de la ley resulta, en consecuencia, **una integración** y reenvío de una ley especializada a otros textos legislativos generales que fijen los principios aplicables a la regulación de la ley suplida; lo que implica un principio de economía e integración legislativas para evitar la reiteración de tales principios, por una parte, así como la posibilidad de consagración de los preceptos especiales en la ley suplida.

Cabe señalar que para que opere la supletoriedad de la Ley se deben cumplir ciertos requisitos necesarios, como son:

Primero, que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio.

Segundo, que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate.

Tercero, que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria; y,

Cuarto, que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida.

Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.

Por la integración jurídica entendemos 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 asemeja al de interpretación, pero cabe aclarar que son diferentes; puesto que la interpretación presupone la existencia de la norma a la que se debe aclarar o esclarecer. Cuando la interpretación resulta impotente para resolver un caso concreto, el intérprete (en especial, el juez) debe dejar de ser tal para pasar a cumplir una función integradora, es decir, completar o llenar los vacíos.

LAGUNA JURÍDICA DEL DERECHO

Se denomina **laguna jurídica del Derecho** a aquella 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, de manera que, con ello, se obliga a quienes aplican dicha ley (jueces, abogados, fiscales, secretarios judiciales, etc.), al empleo de técnicas sustitutivas del vacío, con las cuales poder obtener respuesta eficaz a la expresada tara legal.

Ante esta situación, si a un juez se le solicita una resolución, no puede negarse y debe suplir la laguna jurídica a través de distintas herramientas. Las más habituales son:

Derecho supletorio: el juez acude a la regulación de una rama del Derecho

supletorio. En este caso no existe una laguna jurídica propiamente dicha, porque hay una regulación que por defecto es aplicable.

Interpretación extensiva: el juez hace una interpretación lo más extensiva posible de una norma cercana, de forma que abarque más situaciones que las que en principio abarcaría y con la intención de que supla la ausencia de regulación existente.

Analogía: el juez aplica normas que están dictadas para situaciones esencialmente parecidas. En este caso, el juez crea una norma.

Podemos aseverar, entonces, que existe en nuestra legislación una figura jurídica (sobreseimiento), que ha sido regulada en forma incompleta en cuanto al procedimiento a seguir, ante situaciones fácticas como en el caso de un desacuerdo, por lo que debe superarse este defecto de la norma con las disposiciones del Código Procesal Penal, que sí lo regula.

ANÁLISIS TEMÁTICO

La primera cuestión planteada radica en establecer si existe la posibilidad fáctica de que se pueda producir un desacuerdo entre el criterio del fiscal al expedir su requerimiento fiscal y el criterio del juez o vocal, según el caso, claro está, bajo el supuesto de que la normativa procesal no resuelva expresamente tal situación o situaciones; por lo que para establecer si existe la posibilidad de un desacuerdo, se hace necesario revisar las causales de sobreseimiento que establece el Código Penal Militar Policial y, en tal sentido, tenemos las siguientes:

- 1) Si el hecho no se cometió.
- 2) Si el imputado no es autor o partícipe del mismo.
- 3) Si el hecho no se adecua a una figura penal.

- 4) Si media una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad.
- 5) Si la acción penal se extinguió; y,
- 6) Si no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba ni fundamentos para la apertura a juicio.

De la revisión de estas causales fluyen interrogantes, como, por ejemplo, qué sucede si el criterio del fiscal lo lleva a concluir que un hecho probado no se adecua a la figura penal perseguida; sin embargo, el juez, haciendo un juicio de subsunción, concluye que sí se adecua a la figura perseguida; esta situación no sería subsanable ampliando la investigación como lo disponen disposiciones posteriores a las ya citadas, que además procedería a instancia del agraviado o actor civil, pues no se trata de acreditar aspecto adicional alguno, sino que requiere de un nuevo análisis que consideramos debe hacerlo un tercero, vale decir, el representante del órgano fiscal pero de instancia superior y, en tal sentido, se observa con claridad que es una situación que puede generar un desacuerdo entre el fiscal y el juez del caso.

Otra situación se da si existe una errónea valoración o no valoración por parte del fiscal de los elementos de juicio actuados en la etapa preparatoria que lo han llevado a concluir en la no comisión del delito o la no participación del imputado; o lo ha llevado a considerar una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad. No estamos hablando aquí de situaciones que se puedan subsanar ampliando la investigación, sino que se trata del criterio personal de valoración probatoria que no variará de motu proprio por quien lo propuso, sino que requerirá la intervención nuevamente de un tercer actor, es decir, del fiscal superior.

Por otro lado, tenemos la posibilidad de que la decisión del fiscal incurra en notorias

incoherencias, contradicciones o defectos de contenido, siendo ante ello aplicable un control de logicidad, que debe ser realizado por una instancia superior a la del fiscal que se pronunció.

Por lo expuesto, queda claro que existen situaciones prácticas que pueden generar un desacuerdo entre el fiscal y el juez, ante un pedido de sobreseimiento, que no se resuelve con la legislación redactada en la normativa castrense, resultando deficiente la formulación procesal para salvar estas circunstancias.

Otra de las cuestiones que encontramos, y que deriva del primer problema, es establecer si resultan aplicables al caso, en vía supletoria, las disposiciones del Código Procesal Penal, en la medida que contempla la figura de la consulta a la instancia superior, a nivel de la fiscalía.

Sobre el particular, es necesario tener en cuenta aspectos a revisar, teniendo como base el marco teórico incorporado al presente análisis, y es que tendremos que ver si resulta aplicable la figura de la supletoriedad, verificando en qué medida se afectan los principios acusatorio y de legalidad procesal, sin perder de vista la obligatoriedad de la motivación que requiere una resolución de sobreseimiento y, por ende, los alcances de la misma en el ámbito de la cosa juzgada.

En este orden de ideas, podemos advertir que el artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar¹⁵ prescribe la posibilidad de la aplicación supletoria del Código Procesal Penal, estableciendo como condición que no se oponga a los principios y fines del Código o a su naturaleza; en tal sentido,

tendríamos que analizar, a la luz de la doctrina, si la aplicación supletoria de la consulta afecta el principio acusatorio y el de legalidad que rigen el proceso penal militar policial, y para ello conviene revisar en qué consiste la figura de la consulta prevista en la norma procesal que se pretende aplicar.

Dicha figura procesal consiste en elevar los actuados al fiscal superior en grado, para que revise y se pronuncie sobre el requerimiento de sobreseimiento, lo cual tiene como sustento buscar un nuevo enfoque sobre la controversia surgida, por un actor validado en el proceso, de tal manera que se evite la participación directa del juez o vocal en el tema de fondo y con ello mantener incólume el principio acusatorio, sin afectar el criterio de imparcialidad del juez; pues con ello la separación de roles no se transgrede, por ser el fiscal superior parte del órgano fiscal que tiene la titularidad de la persecución del delito. Tal actividad procesal no afecta en nada el principio aludido, por lo que se encuentra acorde a la naturaleza del proceso castrense.

Sumado a ello tenemos que el juez no puede ser un mero tramitador de las peticiones de las partes, pues constitucionalmente le está asignada una función de naturaleza jurisdiccional, con capacidad de decisión que, además, debe apegarse al debido proceso y dentro de ello, la norma constitucional le obliga a motivar sus resoluciones, más aún si va a generar una resolución con autoridad de cosa juzgada; entonces, nos hacemos la pregunta ¿cómo puede un juez dictar un auto de sobreseimiento debidamente motivado si no se encuentra de acuerdo con el fiscal que lo propuso? La respuesta resulta obvia, por

15 "Artículo XV.- Aplicación supletoria

En caso de vacío o defecto del presente Código, serán de aplicación supletoria las normas previstas en el Código Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos y fines de este Código".

lo que al amparo constitucional, el juez debe agotar la vía procesal que elimine este impedimento, sin que ello implique una transgresión al principio acusatorio, sino, más bien y por el contrario, una garantía procesal.

Con relación a la figura de la supletoriedad, se exige que deba estar regulada expresamente y se trate de un defecto y no vacío normativo, exigencia que se cumple en el caso materia de análisis, en la medida que, como hemos dicho, está regulada en el artículo XV del Título Preliminar del Código castrense, debiendo precisar que si bien es verdad, aparentemente, se trata de una figura legal diferente y, por ende, no regulada en la citada normativa (consulta), también es cierto que se trata de una actividad procesal que tiene su origen en la discrepancia ante la figura legal del sobreseimiento, sobre la cual se ha producido un desacuerdo; es decir, al regularse los pasos a seguir, en caso de que el fiscal plantee un requerimiento de sobreseimiento, se omitió por el legislador establecer situaciones fácticas que podían darse por tal decisión, como el desacuerdo; y también se omitió el procedimiento a seguir, lo que constituye, a nuestro criterio, un defecto o deficiencia de naturaleza procesal, mas no un vacío legal, por lo que es perfectamente aplicable la figura de la supletoriedad, lo que se ajusta al principio de legalidad procesal.

A manera de conclusión, debemos señalar que como está redactado en el Código Penal Militar Policial, con relación al procedimiento a seguir ante el requerimiento de

sobreseimiento emitido por el fiscal de la investigación preparatoria, no se ha tomado en consideración situaciones fácticas que podrían suscitarse eventualmente y que generarían un desacuerdo entre el fiscal y el juez de la investigación preparatoria.

Las situaciones que se han podido identificar y que podrían producir desacuerdos entre el fiscal y el juez o vocal ante un requerimiento de sobreseimiento son las siguientes:

- 1) Discrepancia sobre la tipificación de los hechos, que el fiscal considera no configuran el delito perseguido, mientras que para el juez sería lo contrario.
- 2) Una errónea valoración o no valoración por parte del fiscal de los elementos de juicio actuados en la etapa preparatoria, que lo han llevado a concluir en la no comisión del delito o la no participación del imputado; o a considerar una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad, error del cual se ha percatado el juez o vocal; y,
- 3) Que la decisión del fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido.

Ante la existencia de situaciones como las precisadas, procede que el juez o vocal, eleve los autos en consulta al fiscal superior en grado del que está a cargo de la investigación preparatoria; a tal efecto, está perfectamente habilitado para aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Penal.

LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS POR DELITO DE FUNCIÓN

*Coronel CJ PNP Jorge Carlos Jara Lira¹
Teniente Coronel EP Víctor Cárdenas Reynaga²
Mayor CJ PNP Edgar Joao Alejo Jesús³*

Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú conforman una organización especializada en cuanto a su misión, estructura, funcionamiento y forma de vida dentro del Estado. Para el correcto y eficaz funcionamiento de estas, la Constitución Política del Estado, a través de su artículo 139, les ha asignado una administración de justicia especializada para los miembros que incurran en delitos de función. Sin embargo, es cuestionada y se considera que los magistrados y fiscales militares policiales, en un proceso penal militar policial, no son capaces de garantizar el respeto a los principios y derechos fundamentales.

Tan es así que la Defensoría del Pueblo, en su análisis de la evolución histórica de la legislación militar en el Perú, señala:

“... la Justicia Militar adolece de un grave problema de preconstitucionalidad sustantiva, dado que su configuración esencial se remonta a 1898. Es decir, el modelo vigente, a pesar de las modificaciones verificadas desde dicho año, responde a criterios valorativos y, por ende,

- 1 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Presidente del Consejo Superior de Justicia PNP. Presidente del Tribunal Superior Militar Policial del Oriente-Iquitos. Fiscal Superior Adjunto ante la Vocalía Suprema del Fuero Militar Policial.
- 2 Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga - Ica. Magíster en Derecho Penal. Relator de la Sala Suprema Revisora del Tribunal Supremo Militar Policial.
- 3 Magíster en Derecho y Ciencias Penales por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga - Ica, Doctor en Derecho por la Universidad Alas Peruanas.

político-criminales y dogmáticos propios del siglo antepasado, que se han mantenido presentes a través de la legislación penal militar hasta nuestros días. De este modo la justicia castrense peruana se ha mantenido al margen de la racionalización experimentada por el Derecho Penal a lo largo de todo el siglo pasado a través de los desarrollos de la dogmática penal y la teoría del delito, así como del positivo impacto del constitucionalismo, los derechos fundamentales y el Derecho Internacional de los derechos humanos”.

Por su parte, un sector de la doctrina tanto nacional como extranjera concluye que la jurisdicción militar constituye un instrumento utilizado por el poder político para la impunidad de los miembros militares y policiales, que ejecutan hechos criminales, cuya autoría intelectual no les corresponde. Por lo que cuestionan su imparcialidad frente a determinados casos y opinan por su desaparición o absorción por la jurisdicción común, además que dicha jurisdicción atenta contra los derechos humanos entre los que se incluye el debido proceso.

Sin embargo, como oficiales del cuerpo jurídico y del servicio jurídico nos resulta necesario conocer si los magistrados militares policiales garantizan la aplicación del debido proceso. Esta necesidad de conocer, si en la justicia militar se transgrede o no el debido proceso, nos ha impulsado a efectuar una lectura detenida del Código Penal Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1094.

EL DEBIDO PROCESO LEGAL

La fuente original del concepto de debido proceso es la Carta Magna de 1215, que

en su párrafo 39, establece que “Ningún hombre libre será detenido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado, ni en modo alguno arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares según la ley de la tierra”.

El proceso justo –o debido proceso– es un derecho que encuentra su fundamento en la dignidad del ser humano, en el valor justicia y en la necesidad de asegurar la supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana⁴.

Para Bidart Campos¹, el derecho a ser oído –*due process of law*– del derecho norteamericano o debido proceso significa que:

- a) Ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por la ley.
- b) Ese procedimiento no puede ser cualquiera, sino que tiene que ser el “debido”.
- c) Para que sea el “debido” tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso.
- d) Esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder, ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído).

Tras la caída del Muro, una nueva doctrina se ha abierto paso y frente a ella no pueden permanecer impávidos los Estados que quieren vivir en un régimen democrático de respeto a los derechos humanos. Esta nueva doctrina implica el imperativo categórico de respetar el debido proceso y los derechos fundamentales de las personas.

EL DEBIDO PROCESO Y LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ

a. Precedentes histórico-hispanos

La denominada “justicia militar” tiene sus antecedentes en la normativa de privilegio establecida –entre otras monarquías– por los reyes de España y trasplantada al virreinato del Perú. En efecto, la Ley I, dictada por Don Felipe, en Buen Retiro, el 23 de abril de 1714, resolvió que: “Hallándome **informado del abuso que hay en el fuero militar**, solicitándoles muchos que no le deben tener, por cuyo medio embarazan el uso a la Jurisdicción ordinaria y a otros, y por consecuencia la buena administración de justicia en grave perjuicio de mi servicio y de la vindicta pública; he resuelto revocar, como revoco, todo el fuero militar concedido hasta ahora; y declarar, como declaro, que los que de hoy en adelante han de gozar el referido fuero, son los militares que actualmente sirven y sirvieren en mis tropas regladas, o empleos que subsistan con ejercicio actual en guerra, y que como tales militares gozaren sueldo por mis Tesorerías de Guerra; todos los Oficiales militares de cualquier grado, que sirvieren en la Marina y Armadas de mar con patentes mías. Y sueldos por mis Tesorerías; y asimismo los militares que se hubieren retirado del servicio, y tuvieren despachos míos para gozar del fuero”.

b. Enfoques desde la jurisprudencia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado reiteradamente sobre el delito de función militar, siendo determinados casos del Estado peruano los que han servido de base para estos pronunciamientos. Así, en los casos Castillo Petruzzi vs. Perú y Cantoral Benavides vs. Perú, la Corte sostuvo lo siguiente:

“La Corte considera 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 incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias (...) Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado 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”.

En el caso Durand y Ugarte vs. Perú, la Corte sostuvo que:

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

Mediante Sentencia del 15/12/2006, el Tribunal Constitucional ha señalado que dentro de las garantías procesales destacan: a) los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139 inciso 3); b) la publicidad de los procesos (artículo 139 inciso 4); c) el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139 inciso 5); d) el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139 inciso 6); e) la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada; f) el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139 inciso

14); g) el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139 inciso 15); entre otras.

Respecto al juez natural

El Tribunal Constitucional, en la STC N° 0017-2003-AI/TC, ha señalado que “La Constitución asigna a la jurisdicción militar la tarea de juzgar a aquellos militares o policías que, en el ejercicio de sus funciones, hayan cometido delitos de función y que dicha determinación del ámbito competencial de la jurisdicción militar está consignada en el artículo 173 de la Norma Suprema, a tenor del cual: *“En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar”*, criterio constitucional que ha sido replicado en el Expediente N° 00802-2012-PHC/TC, pues, con fecha 05/06/2012, al señalar que el accionante continuaba siendo personal en actividad y mantenía una relación laboral con su institución, resolvió declarar infundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por Abel Hallasi Zárate contra el juez del Vigésimo Cuarto Juzgado Penal Militar Policial, con el objeto de que se declare su inmediata libertad al haber sido recluso en forma arbitraria en el Penal de Quencoro del Cusco, en un proceso que se le siguió en el fuero militar en forma arbitraria puesto que en el momento en que se le juzgó, ya no tenía la condición de efectivo policial al encontrarse en calidad de retiro. Alega la vulneración del derecho al debido proceso, al transgredir su potestad a ser juzgado por juez natural.

Respecto a la sentencia

Sobre el particular, el TC ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N°

0019-2005-PI/TC, que “(...) las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada. En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en (...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...) (artículo 44 de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2 de la Constitución). Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato).

Más allá de estas garantías procesales constitucionales mencionadas, el Tribunal Constitucional, conforme a sus atribuciones, ha identificado otras garantías también de naturaleza procesal; así, por ejemplo: a) el derecho a un juez independiente e imparcial; b) el derecho al libre acceso a la jurisdicción; c) el derecho a la duración de un plazo razonable

de la detención preventiva; d) el derecho a la prueba; e) el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; f) el principio non bis in ídem; g) el principio de igualdad procesal de las partes; y, h) el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

c. El debido proceso en la actual justicia militar policial

¿En qué medida en la tramitación de los procesos penales militares los magistrados garantizan el debido proceso?

No obstante el cuestionamiento de ciertos sectores del país a la justicia militar –porque se le imputa tener antecedentes de haber sido utilizada por el poder político–, el presente artículo pretende demostrar que en el trámite por los delitos de función se respeta el debido proceso, entendido como el respeto a las garantías y principios que rodean un proceso regular, es decir, si el fiscal militar dicta sus providencias de acuerdo a ley, si no se restringe el derecho de defensa de los imputados en cuanto al aportar pruebas, impugnar resoluciones y recurrir sentencias, entre otros.

La justicia militar, anterior fuero privativo personal del siglo XVIII, ha sido objeto de reforma a tenor de los cambios suscitados tanto en el Estado mismo como en el ordenamiento jurídico actual, cuyo referente obligado es la defensa y protección de los derechos humanos, tanto de la persona como de quien ejerce la autoridad, fuero que ha desempeñado un papel consustancial en las Fuerzas Armadas y policiales, y en razón de la materia, debe proseguir, lo que es confirmado por la Constitución vigente.

La actual Constitución Política del Perú reitera la vigencia de la jurisdicción militar en su artículo 139, al señalar que “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

Del mismo modo, la ley fundamental ha delimitado el marco competencial de la jurisdicción militar en su artículo 173, dentro del capítulo XII, referido a la Seguridad y Defensa Nacional, asignándole la finalidad exclusiva de administrar justicia penal militar policial cuando los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional incurran en delitos de función.

El Código Penal Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1094, en cuyo Libro Tercero, “Parte Procesal”, y desde el artículo 143 hasta el artículo 162 señala los principios y garantías procesales que deben observarse en el nuevo modelo procesal penal, y son los mismos que rigen para la justicia común, habiendo recogido el contenido esencial de la independencia judicial y las reglas previstas en los artículos 139 y 146 de la Constitución, es decir, los magistrados militares policiales cuentan con el marco legal adecuado, que les permite garantizar el cumplimiento de los principios del debido proceso, los que se mencionan a continuación:

CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

a) Juicio previo (artículo 143)

Todo sujeto de derecho debe tener la posibilidad de acceder a un proceso o procedimiento con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva y diferenciada.

Por lo tanto, el juicio previo no se limita a la simple posibilidad de acceder a un proceso o procedimiento cualquiera, sino que su contenido exige que dichos procesos o procedimientos sean justos, para lo cual la tutela que se brinde a través de ellos debe ser efectiva y diferenciada. Como consecuencia de ello, el contenido de este derecho exige también que se eliminen y/o prohíban las barreras y las formalidades irrazonables que obstaculizan el acceso a un proceso o procedimiento.

Adicionalmente, el juicio previo exige que ningún sujeto de derecho sea afectado o sancionado si antes no se inició y tramitó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación. Por lo tanto, implica también que ningún sujeto de derecho puede ser sorprendido o afectado con los resultados de un proceso o procedimiento que no conoció o que no estuvo en aptitud de conocer. De vulnerarse este derecho, la decisión que se emita será nula en la medida que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal.

b) Contradicción, intermediación, simplificación y celeridad, oralidad, publicidad y no duplicidad funcional (artículo 144)

Los principios que se señalan en este artículo, como contradicción, intermediación, oralidad, son los que dan forma al nuevo modelo procesal. La publicidad de los procesos es otro de los principios importantes que debe regular la justicia militar. Los tratados internacionales son precisos al señalar que los procesos penales deben ser públicos, salvo “que sea necesario para preservar el interés de la justicia” (artículo 8, inciso 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos).

c) Imparcialidad e independencia (artículo 144)

Los magistrados militares policiales, si bien es cierto que son los jueces naturales para los casos de presunta comisión de delitos de función, deben, a la vez, garantizar una adecuada administración de justicia y asegurar a toda persona decisiones imparciales. El derecho al juez natural rechaza también la posibilidad que se asigne arbitrariamente un

juez o tribunal para el caso concreto, es decir, se requiere que el juez que conoce el proceso garantice autonomía e independencia.

d) Presunción de inocencia y no autoincriminación (artículos 146 y 147)

Ambos principios están relacionados entre sí, y el primero se funda en el principio del *in dubio pro homine* en virtud del cual, a la persona humana se le presume inocente mientras la autoridad no le haya demostrado su culpabilidad judicialmente⁵, de conformidad con el artículo 2, inciso 24 de la Constitución. De este derecho se deriva que:

- Las personas no son autores de delitos, en consecuencia solo hay delitos y detenciones por actos, no por sospechas.
- El acusado tiene derecho a no declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (No autoincriminación).
- Las personas no tienen la obligación de probar su inocencia de una acusación, salvo en determinados delitos, por ejemplo, de desbalance patrimonial de funcionario público, en cuyo caso se invierte la carga de la prueba.

e) Derecho de defensa (artículo 148)

Es el derecho a defenderse de la demanda de un tercero o acusación policial, fiscal o judicial, mediante la asistencia de un abogado. Este derecho, a su vez, se descompone en el derecho a ser oído, derecho a elegir a su defensor, obligatoriedad del defensor y si es el caso, de contar con un defensor de oficio y con una defensa eficaz, facultades

comprendidas en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución.

Gimeno Sendra conceptúa el derecho de defensa como el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor, y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para apersonarse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer, dentro del proceso, el Derecho Constitucional a la libertad del ciudadano.

En definitiva toda limitación del derecho de defensa, en cualquier fase del proceso, incluso desde el inicio de la investigación preliminar, salvo las situaciones restringidas y excepcionales en que deviene justificada y en el marco de unos límites, puede ser entendida como inexistencia de proceso en el sentido impuesto por los más elementales postulados democráticos. En este sentido, la eficacia de la defensa exige que esta sea técnica, es decir, prestada por un profesional en Derecho.

f) Derecho a intérprete (artículo 149)

En la justicia militar policial, se procesa a un número significativo de desertores del servicio militar, algunos de los cuales prestaron servicios en las regiones de la Sierra o de la Selva, y podrían no expresarse adecuadamente en el idioma oficial por lo tanto, a través de esta norma valiosa, le asiste el derecho de solicitar un intérprete, máxime si en dichas zonas predominan el quechua, el aimara y, en dicho caso, establece la norma que el magistrado militar policial deberá (imperativo) designarle uno de oficio. Con ello se da estricto cumplimiento al artículo 48 de la Constitución.

g) Protección de la intimidad y privacidad (artículo 150)

En la legislación en general, íntimo y privado aparecen como sinónimos, aunque, como veremos, no son términos iguales.

Germán Bidart Campos, que diferencia el concepto de intimidad del de privacidad, define la intimidad como: “la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de tercero”, y la privacidad como: “la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros), que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por estos”.

h) Prohibición de incomunicación y del secreto (artículo 151)

La presente es una garantía igualmente consagrada en el inciso 10 del art. 2 de nuestra Carta Fundamental. Esto se hace porque la indagatoria debe ser vista como un medio de defensa y no de prueba. Por ello, dentro del nuevo modelo procesal penal militar policial, las audiencias son públicas.

i) Igualdad de trato (artículo 152)

El nuevo modelo procesal penal vigente en la justicia militar policial es un sistema adversarial, donde las partes (fiscalía y defensa) se enfrentan en igualdad de oportunidades, ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o absuelve al acusado. También al agraviado, para que se le garantice la verdad, la justicia y la reparación civil.

j) Separación de función de investigar y de juzgar (artículo 153)

El modelo acusatorio contradictorio adversarial, delimita claramente las funciones

del fiscal militar policial y de los jueces o vocales militares policiales durante el proceso y, por lo tanto, la persecución del delito es función de los fiscales y garantizar un adecuado proceso y declarar la verdad legal corresponde a los jueces y vocales en la etapa respectiva.

k) Justicia en tiempo razonable (artículo 154)

Si el proceso militar policial se prolonga indebidamente, todas sus reglas de funcionamiento acabarán distorsionando el derecho a un juicio rápido y los principios elementales de la actuación legítima del Estado. La razonabilidad del plazo al que se refiere este precepto se debe apreciar con relación a la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva. Finalmente, algunos doctrinarios consideran que la violación de la presunción de inocencia avanza conforme se prolonga un proceso penal.

l) Sentencia (artículo 155)

El Tribunal Constitucional ha reconocido explícitamente la dimensión sustantiva del debido proceso en algunas de sus sentencias; entre ellas, en los Expedientes N°s 0439-1999-AA/TC, 0895-2000-AA/TC, 0924-2000-AA/TC, 1565-2002-HC/TC, 613-2003-AA/TC, 1223-2003-AA/TC; donde ha sostenido que el proceso no puede ser visto única y exclusivamente desde una perspectiva procedimental, sino como un instrumento para alcanzar la justicia, aplicando los componentes de los principios de la razonabilidad y proporcionalidad, donde debe privilegiarse el cumplimiento de las finalidades del proceso sobre el cumplimiento de las formas propiamente dichas.

m) Motivación (artículo 156)

Es decir, que haya un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes

que se aplican. Solo así rige el derecho a la certeza. De aquí se desprende el derecho de cualquier persona a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho delictivo (*non bis in idem*).

n) Deliberación (artículo 157)

La deliberación será inmediata, continua, integral y con la intervención activa de cada uno de los miembros del tribunal, salvo el caso del juez unipersonal.

o) Legalidad y validez de la prueba (artículo 158)

Conforme al nuevo modelo procesal penal, en la justicia penal militar policial, y siguiendo el principio de lealtad procesal, se debe evitar sorpresas procesales a las partes como la ignorancia de la existencia de algún documento fundamental para defenderse, es obligatorio para el fiscal acompañar la totalidad de la prueba documental y ofrecer las restantes pruebas por aplicación del principio procesal de economía procesal y la directiva de concentración en un solo acto. Si la prueba documental no estuviera en poder de las partes, debe especificar su contenido, lugar, archivo, oficina pública y persona en cuyo poder se encuentre. En lo que se refiere al contenido, es necesario que el fiscal transcriba el documento o presente copias que posibiliten a la otra parte expedirse sobre el tema.

p) Valoración de las pruebas (artículo 159)

Se parte del supuesto de que quien acusa debe probar judicialmente su acusación.

q) Aplicación temporal (artículo 160)

En la aplicación de este artículo vamos a encontrar el principio de irretroactividad que es aplicable cuando es favorable al imputado,

pero teniendo en cuenta que la retroactividad se da en sus dos modalidades y que solo una de ellas es la aplicable en nuestro sistema jurídico, esto es según Marcial Rubio Correa.

r) Reglas de interpretación (artículo 161)

Este artículo reproduce el principio consagrado en el inciso 11 del artículo 139 constitucional, revelándose, una vez más, el carácter garantista del Código Penal Militar Policial.

s) Medidas de coerción (artículo 162)

Conforme al texto expreso y claro de esta norma, las medidas de coerción tienen carácter excepcional, provisional y variable, dependiendo del cambio de los presupuestos que originaron su adopción. Son ocho y están previstas en el artículo 321 del Código Penal Militar Policial.

Para cumplir con el debido proceso, las medidas de coerción no pueden ser solicitadas por cualquier parte ni aplicadas de oficio. Debe ser solicitada por el fiscal o el actor civil, y la privación de la libertad es la última alternativa, señalando la norma (artículo 320) que solo se acudirá a ella cuando las demás alternativas no funcionen. Sin embargo, no debe entenderse que el fiscal militar policial debe evaluar si las siete alternativas anteriores son efectivas o no, a ello no se refiere el legislador cuando habla de la privación de la libertad como la última ratio.

Debemos concluir señalando que el debido proceso legal es la institución del Derecho Constitucional Procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que siempre debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad de resultado socialmente aceptable.

Este conjunto de derechos esenciales que integran el debido proceso están recogidos en el Código Penal Militar Policial y son los mismos que están consagrados en la Constitución Política del Perú, y además rigen para la justicia común en general, teniendo en cuenta que su especialización solamente la distingue por razón de su aplicación en el ámbito castrense.

Por consiguiente, los jueces y vocales cuentan con la legislación adecuada para hacer respetar el debido proceso en los procedimientos que son de su competencia, al igual que los fiscales desde la investigación preliminar, que es desde ese nivel en que deben respetar el derecho de defensa, pues este surge desde el momento en que se imputa un probable delito de función a un militar o policía.

Por otro lado, queda claro que la actual legislación procesal militar policial contiene las disposiciones necesarias para garantizar durante los juzgamientos de los delitos de función, el respeto a los principios y derechos fundamentales que consagran las normas internacionales en materia de derechos humanos y nuestra Constitución Política del Estado; sin embargo, debe difundirse tanto en el ámbito académico como en la opinión pública el papel que le corresponde jugar a los magistrados militares y policiales, quienes en sus actuaciones, actualmente, velan por el cumplimiento de las garantías procesales en el desarrollo de todo juicio seguido por un delito de función.

Dicha labor de magistrados y fiscales adquirirá sentido cuando la opinión pública esté convencida que en el Fuero Militar Policial se garantiza el debido proceso y el respeto por los derechos fundamentales del militar y del policía.

ANÁLISIS COMPARATIVO

entre el procedimiento establecido en
el Código Penal Militar Policial y el
Código Procesal Penal para declarar
la complejidad de un proceso

Comandante CJ PNP Patricia María Hau Camoretti¹
Comandante CJ PNP Emilio Augusto Peña Silva²
Comandante FAP Jur Ivone Roxana Bastidas Taype³

ENFOQUE DESDE LA DOCTRINA, LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA

153

Criterios para evaluar el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

Los criterios han sido establecidos por la jurisprudencia, los cuales son abiertos, esto es, que permiten la incorporación de nuevos criterios; muy por lo contrario, la corriente doctrinaria que aboga por un concepto propio, a efectos de dar seguridad y certeza a las partes procesales, principalmente al imputado en el proceso penal.

Existe un **criterio subjetivo** como es la injustificada inasistencia del investigado a las citaciones del fiscal, el ocultamiento o negativa injustificada a entregar información relevante para el desarrollo de la investigación, recurrir de mala fe a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de filtrar o paralizar la investigación prejurisdiccional, y todas las conductas que tengan por fin desviar o evitar que los actos de

-
- 1 Abogada egresada de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Tiene Maestría en Administración con mención en Gestión Pública.
 - 2 Abogado egresado de la Universidad de San Martín de Porres. Con Maestría en Derecho Civil Comercial en la Universidad Nacional Federico Villarreal.
 - 3 Abogada egresada de la Universidad de San Martín de Porres. Con 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.

investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.

En el **criterio objetivo** se tiene en cuenta la naturaleza y cantidad de hechos investigados, la pluralidad de personas investigadas y los recursos con los que cuenta el órgano de investigación.

De lo señalado se entiende que la investigación preparatoria debe realizarse dentro de un plazo razonable, por lo que es necesario tener en cuenta la teoría del plazo y la teoría del no plazo. La doctrina **del plazo** considera que este será razonable siempre y cuando cumpla ese lapso de tiempo establecido en la ley; y la doctrina **del no plazo** propugna que se debe tener en cuenta: la duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho imputado; la actitud del inculpado y la conducta de las autoridades.

Para medir la razonabilidad del plazo se ha de tener en cuenta:

- La duración efectiva del proceso
 - La complejidad del asunto y la prueba tienen que determinarse en función de las circunstancias de jure y de facto del caso concreto, que a su vez, alternativamente, pueden estar compuestas por: a) el establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos; b) el análisis jurídico de los hechos por los cuales se inicia el proceso penal; c) la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación; y, d) la pluralidad de agraviados o inculpados, con sus respectivas defensas entre otros elementos.
- La gravedad del hecho imputado.
- La actitud del inculpado, que puede ser determinante para la pronta resolución

del proceso o para su demora, en caso de que el imputado demuestre un comportamiento procesal obstruccionista o dilatorio. Por ello, para determinar si la conducta procesal del imputado ha contribuido a la demora en la resolución del proceso penal es necesario verificar si ha sido obstruccionista o dilatoria, y si ha transcendido o influido en la resolución de este, para lo cual debe tenerse presente si ha hecho uso abusivo e innecesario de los instrumentos que la ley pone a su disposición, bajo la forma de recursos o de otras figuras,

- La conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes. Para evaluar la conducta o comportamiento de las autoridades judiciales es necesario tener presente: a) la insuficiencia o escasez de los tribunales; b) la complejidad del régimen procesal; y c) si los actos procesales realizados han contribuido o no a la pronta resolución del proceso penal.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha establecido que se debe tener en cuenta la duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho imputado, la actitud del inculpado, la conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes.

Cómputo del plazo razonable

El *dies a quo* es el inicio del cómputo del plazo de duración del proceso penal, que va desde las primeras indicaciones o denuncias formuladas contra el imputado, así como la fecha de arresto o de la apertura de las diligencias preliminares. Así lo ha resuelto el Tribunal Constitucional en la STC N° 3509-2009-PHC/TC, de fecha 19/10/2010, en su fundamento 28 "(...) el punto de partida para

la evaluación del ‘plazo razonable’, considera que en materia penal el comienzo del mismo, debe computarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o señalamiento que le afecta concretamente, ya sea por un particular en una denuncia o por acto de autoridad judicial u otra autoridad competente, como sospechoso de haber participado en un hecho delictivo. El hecho objetivo a partir del cual debe empezar a computarse el plazo dentro de este proceso es la apertura de la investigación fiscal, por constituir el primer acto de carácter cuasi jurisdiccional por medio del cual el hoy recurrente tomó conocimiento de que el Estado había activado al aparato perseguidor (...).”

El *dies ad quem* es el instante en que debe concluir, o sea, cuando el proceso termina con sentencia definitiva y firme, abarcando la etapa impugnatoria. Así ha resuelto nuestro Tribunal Constitucional (STC N° 05350-2009-PHC/TC), de fecha 10/08/2010), donde se menciona el inicio y final de la duración total del proceso penal (fundamento 19), señalando:

“De la jurisprudencia reseñada de la Corte IDH pueden extraerse los siguientes parámetros interpretativos de actuación que en virtud del artículo V del Título Preliminar del C.P. Constitucional deben ser aplicados por todos los jueces y tribunales del Poder Judicial, que son:

- a. La afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido en el inciso 1) del artículo 8 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se debe apreciar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla en contra de cierto imputado (análisis global del procedimiento), hasta que se dicta sentencia definitiva y firme (*dies ad quem*), incluyendo los recursos de instancia que

podrían eventualmente presentarse.

- b. El plazo razonable del proceso penal comienza a computarse (*dies a quo*) cuando se presenta el primer acto del proceso dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito, que a su vez puede estar representado por: I) la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado; o II) la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso”.

Relacionado con este punto, el *dies ad quem*, no debemos perder de vista la STC N° 01279-2010-PHC/TC, que ha puesto en cuestionamiento la Ley N° 26641, que regula los casos de suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal, sosteniendo el Tribunal Constitucional **que no puede mantenerse la acción penal ad infinitum, en aplicación de la mencionada ley, ya que podría resultar violatoria del derecho al plazo razonable** y, en tal sentido, ser inconstitucional su aplicación.

Lo que no ha quedado establecido por la ley, el CPP y la jurisprudencia es cuál es el plazo para la culminación del proceso penal, esto es, cuándo una persona debe tener una sentencia definitiva, lo que se ha dejado a los criterios antes indicados y al libre arbitrio de los tribunales. Tampoco se ha establecido en qué momento la duración de un proceso se convierte en irrazonable, esto es, cuándo se han violado los plazos y cuáles son las consecuencias de ello.

Consecuencias de la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

Dentro de las consecuencias jurídicas que acarrea la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, se

han dado diversas, siendo principalmente las que han sido establecidas por la jurisprudencia, tanto de los tribunales internacionales como su seguimiento por parte de los tribunales nacionales, algo que ha sido ideado en sus inicios por dichos tribunales y esto se ha debido a una falta de regulación constitucional y/o legal por los ordenamientos jurídicos; sin embargo, hay una tendencia, sobre todo la garantista, para dicha regulación en abstracto del plazo razonable de todo proceso penal.

Dentro de las consecuencias jurídicas por la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable se ha dado la solución compensatoria, que se viene aplicando por los Organismos Internacionales de Derechos Humanos, conforme a los tratados internacionales suscritos. Así, por ejemplo, tenemos la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que precisa en su artículo 63, que

“1) Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera 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. 2) En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Estas soluciones compensatorias se manifiesta cuando se comprueba la lesión de un derecho fundamental, en nuestro caso, el

derecho a ser juzgados dentro de un plazo razonable, circunstancia en la que el Estado compensa, de acuerdo con el inculcado o forzosamente los prejuicios causados, que se traduce en el pago de una suma de dinero o en algún tipo de indulto o perdón, total o parcialmente de la pena aplicada. Ejecución de sentencia que conlleva a otro procedimiento, tal como lo establece la Convención antes indicada en su artículo 68.2 “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. Lo que se busca frente a la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, es que tenga consecuencias directas en el proceso mismo.

PROCEDIMIENTO PARA ASUNTOS COMPLEJOS

Procedencia y trámite:

El artículo 427 del Código Penal Militar Policial, precisa que:

“Cuando la tramitación sea compleja a causa de la pluralidad de hechos, del elevado número de imputados o agravados o por tratarse de delitos graves, a solicitud del fiscal militar policial, el juez podrá autorizar la aplicación de las normas especiales previstas en este título. La autorización podrá ser revocada a petición de quien considere afectados sus derechos por el procedimiento”.

En el Código Procesal Penal, artículo 342, numeral 3, se dispone:

“Corresponde al Fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso cuando: a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprende la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o

agraviados; d) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del estado ; o h) comprende la investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma”.

Autoridad que declara la complejidad del proceso

En el Código Penal Militar Policial, tal como se ha mencionado en el punto precedente, es el fiscal militar policial quien solicita al juez la aplicación de las normas especiales previstas en el capítulo de “Procedimientos para Asuntos Complejos”, y es el juez quien autoriza su aplicación.

En el Código Procesal Penal, tal como se ha señalado en líneas anteriores, es el fiscal quien determina la complejidad del proceso, al emitir la disposición respectiva, teniendo en consideración las características o presupuestos antes señalados.

Efectos de la declaración de procesos complejos

El artículo 428 del Código Penal Militar Policial establece:

“Una vez autorizado este procedimiento, producirá los efectos siguientes:

1. El plazo ordinario de la prisión preventiva se extenderá hasta un máximo de tres años;
2. El plazo acordado para concluir la investigación preparatoria será de

un año y las prórrogas de un año más cada una;

3. Los plazos establecidos a favor de las partes para realizar alguna actuación y aquellos que establecen determinado tiempo para celebrar las audiencias se duplicarán;
4. Cuando la duración del debate sea menor de treinta días, el plazo máximo de la deliberación se extenderá a tres días y el de dictar sentencia a diez. Cuando la duración del debate sea mayor, esos plazos serán de diez y veinte días, respectivamente;
5. Los plazos de impugnación se duplicarán; y,
6. El plazo autorizado para la reserva parcial de actuaciones se extenderá a treinta días”.

Por su parte, el Código Procesal Penal, en su artículo 342, numeral 2, dispone:

“Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el juez de la investigación preparatoria”.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS PROCEDIMIENTOS RESEÑADOS

Se ha realizado un análisis entre el procedimiento establecido por el Código Penal Militar Policial y el Código Procesal Penal, para establecer la complejidad de un proceso, efectuándose el cuadro comparativo siguiente:

	CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL	CÓDIGO PROCESAL PENAL COMÚN
Criterios	427 Se considera trámite complejo cuando exista: - pluralidad de hechos; - elevado número de imputados o agraviados; - por tratarse de delitos graves.	342.3 Se considera proceso complejo cuando: - requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación. - comprenda la investigación de numerosos delitos. - involucra una cantidad importante de imputados o agraviados. - investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas. - demande la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos. - necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país. - deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado o - comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de esta.
Autoridad que determina complejidad	427 Cuando (...) a solicitud del fiscal militar policial, el juez podrá autorizar la aplicación de la normas especiales previstas en este Título.	342.3 Corresponde al fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso.
Plazo	428 - El plazo ordinario de la prisión preventiva se extenderá hasta un máximo de 3 años. - El plazo acordado para concluir la investigación preparatoria será de 01 año, y las prórrogas de 01 año más cada una. - Los plazos establecidos a favor de las partes para realizar alguna actuación y aquellos que establecen determinado tiempo para celebrar las audiencias se duplicarán. - Cuando la duración del debate sea menor de 30 días el plazo máximo de la deliberación se extenderá a 3 días y el de dictar sentencia a 10. Cuando la duración del debate sea mayor, esos plazos serán de 10 y 20 días, respectivamente. - Los plazos de impugnación se duplicarán - El plazo autorizado para la reserva parcial de actuaciones se extenderá a 30 días.	342 - En investigaciones complejas el plazo de la investigación preparatoria es de 08 meses, con una prórroga similar de 08 meses. La prórroga debe concederla el juez de la investigación preparatoria. 272 Duración de la prisión preventiva - Tratándose de procesos complejos, el plazo límite no durará más de 18 meses. 274. Prolongación de la prisión preventiva - Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la PP podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del artículo 272. El fiscal debe solicitarla al juez antes de su vencimiento. 392 Deliberación - La deliberación no podrá extenderse más allá de 2 días, ni podrá suspenderse por más de 3 días en caso de enfermedad del juez o de alguno de los jueces del juzgado colegiado. En los procesos complejos el plazo es el doble en todos los casos previstos en el párrafo anterior.

De lo expuesto en el cuadro comparativo se puede apreciar que existen algunas semejanzas y diferencias, siendo estas:

Semejanzas

- En ambos ordenamientos penales se establecen criterios para determinar cuándo un proceso debe ser declarado complejo.
- En cuanto a los plazos, en su mayoría se duplican, determinándose el *quantum* según cada actividad procesal.
- La prórroga del plazo, tanto en el fuero común como en el Fuero Privativo Militar Policial, es concedida por el juez de la investigación preparatoria.

Diferencias

- En el ordenamiento penal privativo, los criterios para determinar su complejidad son genéricos, siendo estos tres; mientras que en el ordenamiento penal común los criterios son más específicos y consideran ocho, puesto que tienen en cuenta, por ejemplo, la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos o necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, comprende la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de esta. Resulta pertinente indicar que para la declaración de complejidad bastará la comprobación de uno de los posibles criterios, es decir, no son concurrentes y no podría ser de otra manera, dado que sería prácticamente imposible que en un solo proceso concurren las ocho variables. Así, bastará, por ejemplo, que en un proceso se deban investigar numerosos delitos

para que sea declarado complejo, siendo pertinente ampliar las condiciones o criterios a fin de que se declare compleja una investigación, pudiendo también darse el caso en que pueda concurrir pluralidad de hechos o de imputados o agraviados, o que el delito sea grave y no necesariamente revestir complejidad, quedando a criterio del fiscal evaluar las condiciones o criterios para determinar la complejidad de un caso.

- En el Código Penal Militar Policial, el fiscal solicita la aplicación de las normas especiales para asuntos complejos a fin de que el juez lo autorice; hecho que difiere del fuero común, donde el fiscal, en caso de que no haya oposición, declarará, automáticamente, el proceso complejo. El Código Penal Militar Policial no le confiere al fiscal la facultad de **prorrogar o modificar** plazos sin necesidad de intervención judicial. Asimismo, autorizada la aplicación de la normas especiales para asuntos complejos; la Fiscalía Militar Policial, en su condición de titular de la acción penal, tiene plazo para continuar la investigación preparatoria hasta por un (01) año, el que deberá computarse a partir de la disposición fiscal de apertura de investigación preparatoria prevista en el artículo 360 del Código Penal Militar Policial, caso contrario se estaría atentando contra el Derecho Constitucional del plazo razonable en el proceso penal. Finalmente, frente a un proceso **complejo** en el fuero común, el juez de investigación preparatoria, como Juez de garantías, asume un control posterior a la disposición fiscal adoptada.

En lo referente a la prisión preventiva, se pueden dar dos situaciones posibles en el caso de que esta tenga que ser de una mayor duración:

1ª situación.

En el caso del **proceso complejo**

El Código Procesal Penal en su artículo 272, numeral 1, establece que la prisión preventiva no debe durar más de nueve meses; sin embargo, en su numeral 2, dispone que **el plazo límite de la prisión preventiva, para procesos complejos, no durará más de 18 meses**. Esta prolongación es automática, conforme lo señala la Sentencia N° 330-2002-HC/TC (Lima. James Ben Okoli y otro). En el caso del Código Penal Militar Policial, en su artículo 324 establece que las medidas de coerción privativas de libertad no podrán durar más de dos años, pudiéndose ampliar hasta un año más, es decir, tres años si se trata de un asunto complejo, según lo establecido en el artículo **428, numeral 1**, plazo que no es automático, sino que tiene que ser solicitado por el fiscal para que el juez lo autorice.

2ª situación.

En el caso que concurren circunstancias especiales (**no complejo**)

El Código Procesal Penal, en su artículo 274, dispone la **prolongación de la prisión preventiva**, determinando en el inciso 1, que cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del artículo 272 (18 meses). El fiscal debe solicitarla al juez antes de su vencimiento; y, en el inciso 2 establece que **el juez de la investigación preparatoria se pronunciará, previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchadas las partes y a la vista de los autos, decidirá, en ese mismo acto o**

dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad. Esta situación no está prevista en el Código Penal Militar Policial.

Finalmente, en el Código Penal Militar Policial se establece que la investigación preparatoria para asuntos complejos es de un año, pudiendo las prórrogas ser de un año más cada una. Vale decir, que la investigación preparatoria tendría un máximo de tres años; sin embargo, esta situación colisiona con lo dispuesto en el artículo 252 del mismo cuerpo normativo, que establece como plazo máximo e improrrogable de duración de un proceso de tres años, de lo que se colige que, en el mejor de los casos, la investigación preparatoria, en los asuntos complejos, será de dos años, dejándose un año para la realización del juicio oral.

Como puede apreciarse, el Código Penal Militar Policial ha previsto la duración máxima de un proceso ordinario, consistente en tres años, pero no ha considerado la ampliación de dicho plazo para cuando se trate de un proceso declarado complejo.

De lo expuesto se concluye que el Código Penal Militar Policial no ha considerado:

- a) Dentro de los criterios para determinar la complejidad de un proceso no se ha tenido en cuenta lo relacionado a la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación, complicados análisis técnicos o cuando se necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país.
- b) Que la autoridad para determinar la complejidad de un proceso debe ser el fiscal, como titular de la acción penal y responsable de la investigación preparatoria.
- c) Que dentro de los efectos producirá la declaración de la complejidad de un proceso y, en consecuencia, la ampliación del plazo de duración del proceso.

CONCLUSIONES

- A. Que existen diferencias entre el procedimiento establecido en el Código Penal Militar Policial y el previsto en el Código Procesal Penal.
- B. Que para la determinación de un proceso en complejo, el Código Penal Militar Policial establece tres criterios, que corresponden a criterios genéricos referentes a la pluralidad de hechos, elevada cantidad de imputados o de agraviados, o por tratarse de delitos graves; mientras que el Código Procesal Penal establece ocho (8) criterios que son más específicos y permiten una mejor investigación.
- C. Que la autoridad que declara la complejidad de un proceso según el Código Penal Militar Policial es el juez de la investigación preparatoria, mientras que en el Código Procesal Penal es el fiscal, siendo esta última una mejor prescripción, toda vez que es el fiscal quien mejor puede determinar si el proceso requiere ser declarado complejo; y.
- D. Que la declaración de complejidad de un proceso tiene como efecto la ampliación de los plazos.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

CÓDIGO PROCESAL PENAL. Editorial Grjley.

CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1094.

HORVITZ LENNON, María Inés. *Lecciones de Derecho Procesal Penal chileno*.

GACETA JURÍDICA *Instrucción e investigación preparatoria. Lo nuevo del Código Procesal Penal del 2004, sobre la Etapa de Investigación Preparatoria del delito* – Presentación de Víctor Cubas Villanueva. Edición octubre del 2009, Gaceta Jurídica.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I.

CASTRO, Juventino. *El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*. Undécima edición, Porrúa, México, D. F. 1999.

Casación N° 02-2008-La Libertad. Sala Penal Permanente – considerando sétimo.

STC N° 3509-2009-PHC/TC, de fecha 19 de octubre del 2010. Recurso de

agravio constitucional interpuesto por Wálter Segundo Gaspar Chacón Málaga contra la resolución de la Cuarta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 4 de mayo de 2009, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

STC N° 05350-2009-PHC/TC, de fecha 10 de agosto del 2010. Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Humberto Orrego Sánchez contra la sentencia expedida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de 17 de julio de 2009, que declaró improcedente la demanda de autos.

STC N° 01279-2010-PHC/TC de fecha 18 de agosto del 2010. Recurso de agravio constitucional interpuesto don Antonio Yapuchura Cussi, contra la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 28 de enero de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

LA CONDENA EN “AUSENCIA”

O, LA LECTURA DE SENTENCIA DEL ACUSADO O PROCESADO AUSENTE

Doctor José Castro Eguavil¹

Sí; el reo es, muchas veces, la víctima del injuriado. Y, aun más a menudo, el condenado es el que lleva la carga del sin culpa.

No podéis separar el justo del injusto ni el bueno del malvado.

Porque ellos se hallan juntos ante la faz del sol, así como el hilo blanco y el negro están tejidos juntos.

Y, cuando el hilo negro se rompe, el tejedor debe examinar toda la tela y examinar también el telar.

...

Y vosotros, que pretendéis entender de justicia, ¿cómo podréis hacerlo si no miráis todos los hechos en la plenitud de la luz?

Gibrán Khalil Gibrán, *El Profeta* (1923)

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como consecuencia del acto de lectura de sentencia en la Causa N° 0028-2013-02-11, seguida ante la Sala de Juzgamiento del Tribunal Superior Militar Policial del Centro - Lima, que se desarrolló sin la presencia de la imputada. Nos pareció de primordial interés analizar la posible contravención a los principios del debido proceso y de defensa al permitirse a los tribunales militares policiales continuar con la audiencia de lectura de sentencia a pesar de la incomparecencia del procesado.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de postítulo en Derecho Constitucional, Derecho Procesal y Derechos Humanos. Investigador y Conferencista en eventos académicos nacionales e internacionales. Ha sido docente en diversas casas de estudios de nivel universitario en temas de su especialidad.

ANTECEDENTES

Estando programado el acto de lectura de sentencia en el caso mencionado, a pesar de haberse constatado la no presencia de la imputada, el presidente de sala dispuso la continuación de la audiencia ordenando al secretario que procediese a dar lectura de la sentencia, oportunidad en la que, el abogado defensor de la procesada solicitó que se re-programe dicho acto, aduciendo que su patrocinada no estaba presente por encontrarse mal de salud, presentando un certificado de descanso médico.

La sala desestimó el pedido acudiendo supletoriamente al artículo trescientos noventa y seis, primer párrafo, del Código Procesal Penal, precisando que la sentencia debía leerse ante quienes habían comparecido al acto, entre los cuales se encontraba el abogado de la procesada.

ANÁLISIS

El anterior modelo procesal penal, vigente todavía en algunos distritos judiciales del fuero común, disponía que en los procesos sumarios la sentencia condenatoria se leía y la absolutoria se notificaba; así, el imputado que era citado para lectura de sentencia sabía de antemano que iba a ser condenado.

Mientras que en los denominados procesos ordinarios la sentencia se leía en audiencia pública, exigiéndose la presencia física del procesado; tan es así que ante la incomparecencia de este, no se podía llevar adelante la diligencia, llegándose, en muchas ocasiones, al quiebre de los procesos, con el

consiguiente perjuicio para el Estado, al tener que procederse a buscar a la persona y someterla a juicio nuevamente.

Esta regla, vigente por mucho tiempo, hace que algunos abogados actúen consintiendo o aconsejando a sus defendidos que no se presenten a los actos de lectura de sentencia, impidiendo con esta conducta que los procesos culminen en el plazo debido.

En este orden de cosas, el objeto de este trabajo consiste en verificar, a la luz de la jurisprudencia nacional, si resulta correcta, procesalmente hablando, la lectura de sentencia sin la presencia física del imputado en el Fuero Militar Policial, más aún si, conforme lo señala Víctor Arbulú², la sentencia es “[e]l desenlace de todo proceso penal (...)”, “que es considerada en la doctrina procesal como la resolución estelar, en la que se decide la situación jurídica de un procesado: culpable o inocente”.

ENFOQUES DESDE LA LEY

Constitución Política

El artículo 139, numeral 12, establece que es un principio y derecho de la función jurisdiccional, “*el no ser condenado en ausencia*”.

Dice Marcial Rubio² que es forzoso que el acusado se halle presente en el juicio en el que lo sentencian. En caso contrario, la sentencia sería inválida.

Este principio guarda relación con el derecho de defensa, contemplado en el numeral 14 del mismo artículo, que prevé el derecho

2 ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. “Lectura de sentencia y asistencia del imputado. A propósito del precedente vinculante R.N. 4040-2011”. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, tomo 55, enero 2014, pp. 183-187 y en: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140108_02.pdf>; consultado el 5 mayo de 2014.

de toda persona de expresar su punto de vista y defender su inocencia ante cualquier tribunal, no solo personalmente sino mediante el patrocinio de un abogado.

Hoy en día este principio se manifiesta de dos maneras: la defensa material que es ejercida por el propio procesado, cuando comparece, declara y expone personalmente su postura frente a la incriminación; y la defensa técnica, que es desarrollada por el profesional abogado, quien en representación de su patrocinado expone argumentos y presenta de manera formal la teoría del caso desarrollada por la defensa, así como interpone los apremios que la ley le franquea, entre ellos, la apelación contra la sentencia impuesta a su cliente.

Código Penal Militar Policial³

El artículo 410⁴ párrafo *in fine* del Código Penal Militar Policial, señala escuetamente que: “La sentencia será leída en audiencia pública. Las partes quedarán notificadas con su lectura integral”.

Como es de verse, la única exigencia del citado cuerpo normativo es que la sentencia sea leída en acto público, no señalando que deba concurrir obligatoriamente el procesado.

Es más, una interpretación *ad litteram* nos puede llevar a considerar que dicha lectura puede realizarse sin la presencia de alguna parte procesal, ya que solo bastaría que se realice en acto público con lo que, de verificarse este, se estaría cumpliendo la exigencia procesal formal.

Código Procesal Penal⁵

El artículo 396, respecto de la lectura de la sentencia, precisa que:

“1. El Juez Penal, Unipersonal o Colegiado, según el caso, se constituirá nuevamente en la Sala de Audiencias, después de ser convocadas verbalmente las partes, y la sentencia será leída ante quienes comparezcan.

2. Cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan solo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron la decisión, anunciará el día y la hora para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan.

3. La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública. Las partes inmediatamente recibirán copia de ella”.

Al igual que en el Código castrense, del contenido normativo no se aprecia exigencia alguna de concurrencia imprescindible del imputado.

En los casos contemplados en los dos primeros incisos, se lee “ante quienes comparezcan”, de lo que se infiere que lo que importa a la norma y al modelo procesal es que se dé lectura íntegramente a la sentencia, con lo que se estaría cumpliendo con la exigencia legal.

2 RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. 2da. Edición, Fondo Editorial PUCP, 2009, p. 235.
 3 Decreto Legislativo N° 1094.
 4 Sumilla del artículo “Redacción y lectura de la sentencia”.
 5 Decreto Legislativo N° 957.

Concurrentemente, el tercer inciso precisa que la sentencia queda notificada “con su lectura integral en audiencia pública”, con lo que se comprende que el presupuesto procesal se ve agotado con su lectura en audiencia pública y no en un acto reservado, constituyéndose, por tanto, en un supuesto normativo de ineludible cumplimiento por los órganos jurisdiccionales⁶.

Enfoques desde la jurisprudencia

a) Sentencia del Tribunal Constitucional N° 003-2005-PI/TC⁷ del 9 de agosto de 2006

Respecto del derecho a no ser condenado en ausencia, los demandantes señalaron que el literal c del artículo 12.9 del Decreto Legislativo N° 922 violaba el artículo 139.12 de la Constitución, al posibilitar que la Sala Penal pueda leer una sentencia condenatoria en ausencia del acusado, por estar reconocido como principio y derecho de la función jurisdiccional.

El supremo intérprete de la Constitución, precisa que:

“La prohibición de que se pueda condenar *in absentia* es una garantía típica del derecho al debido proceso penal. Es el corolario de una serie de garantías vinculadas con el derecho de defensa que tiene todo acusado en un proceso penal”⁸.

Sin embargo, respecto del tema en cuestión, se plantea la interrogante de si la

prohibición de condena en ausencia se extiende a la realización de todo el proceso penal o solo al acto procesal de lectura de sentencia condenatoria⁹.

Para absolver la duda, el Tribunal acude al literal d del artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual:

“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección (...).”

De esta forma, precisa que dicho derecho garantiza que un acusado no puede ser condenado sin que antes se le permita conocer y refutar las acusaciones que pesan en su contra, así como que no sea excluido del proceso en forma arbitraria.

Además, señala que este derecho impone a las autoridades judiciales el deber de hacer conocer la existencia del proceso; así como el de citar al acusado a cuanto acto procesal sea necesaria su presencia física.

Sin embargo, el Tribunal observa, atinadamente, que la ausencia de una persona en el decurso del proceso no solo puede tener por causa el desconocimiento que tenga de aquel, sino, también, la rebeldía o renuencia expresa a la comparecencia.

6 Casación N° 183-2011 Huaura.- Sala Penal Permanente; su fecha 05 de setiembre de 2012.

7 Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 5186 ciudadanos, representados por Walter Humala, contra el Decreto Legislativo N° 921; artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8, 12 y tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo 922; artículo 4 del Decreto Legislativo N° 923; Decreto Legislativo N° 924; Decreto Legislativo N° 925; artículos 1, 2, 4 y primera disposición complementaria del Decreto Legislativo N° 926; y artículos 1 al 10 del Decreto Legislativo N° 927.

8 STC N°003-2005-PI/TC, fundamento 165.

9 Ibídem, fundamento 166.

En el ámbito del proceso penal, el desconocimiento que el acusado tenga de la existencia de un proceso genera un supuesto de “ausencia”; mientras que la resistencia a concurrir al proceso, teniendo conocimiento de él, se denomina “contumacia”¹⁰.

En el caso concreto, la norma citada faculta a la Sala Penal a que pueda dictar una sentencia condenatoria sin contar con la presencia del acusado, cuando en el acto procesal de lectura de sentencia este incurra en una falta de carácter grave.

Frente a ello, el Tribunal consideró que en caso de que una Sala procediera de la forma descrita, no se estaría frente a un supuesto de condena en ausencia o de contumacia, por cuanto el acusado no ha sido ajeno a la existencia del proceso ni tampoco ha sido rebelde a participar en él, conociendo de la existencia del proceso.

“En la hipótesis abstracta a la que se refiere la disposición impugnada, el acusado ha estado presente en el desarrollo del proceso y aun en el acto procesal de lectura de sentencia, en la que incluso ha podido expresar los argumentos que mejor han convenido para su defensa”¹¹.

En el fundamento jurídico 170 de la sentencia, el Tribunal es del parecer que:

“el principio/derecho reconocido en el artículo 139.12 de la Ley Fundamental también garantiza que un acusado esté presente en el acto de la lectura de una sentencia condenatoria. Pero este derecho no puede entenderse en términos absolutos, al extremo de que el acusado pueda frustrar indeterminadamente la lectura, (...)”.

Para el intérprete de la Constitución, entonces, el acto procesal de lectura de sentencia no puede compararse a una condena en ausencia cuando el procesado ha comparecido al proceso y ha ejercido su derecho de defensa.

Finalmente, el Tribunal precisa que mientras esté presente el abogado defensor en el acto de lectura de sentencia no se pone al procesado en estado de indefensión:

“172. Así, en primer lugar, el desalojo de la sala de audiencia está establecida como una medida excepcional, de aplicación solo en casos particularmente graves y extremos. En segundo lugar, se trata siempre de una medida temporal, que no comporta la exclusión del acusado del proceso, sino solo para la realización del acto procesal cuya realización se pretendía perturbar. En tercer lugar, siendo una medida excepcional y temporal, adicionalmente, **el legislador ha previsto que la lectura de la sentencia condenatoria necesariamente deba realizarse con la presencia del abogado defensor del acusado o del abogado nombrado de oficio, de modo que no se postre al acusado en un estado de indefensión.** Finalmente, se ha previsto la obligación de notificar la sentencia condenatoria bajo determinadas exigencias de orden formal, a fin de que el condenado decida si hace uso o no de los medios impugnatorios que la ley procesal pueda haber previsto. Por estas razones, el Tribunal considera que este extremo de la pretensión también debe rechazarse” (el resaltado es nuestro).

10 Ibidem, fundamento 168.

11 Ibidem, fundamento 169.

Poder Judicial

- a) Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura: Expediente N° 01145-2010-0-1302¹² (hábeas corpus) del 25 de enero de 2011

La Sala confirmó la resolución cuestionada, pues estimó que la resolución del demandado (juez unipersonal de Huaral), vulneró el debido proceso, ya que consideró que la presencia de los favorecidos era necesaria en el acto de lectura de la sentencia, por lo que los declaró reos contumaces, aun cuando la norma no lo faculta a tal decisión.

Para dicha Sala¹³, el principio de no ser condenado en ausencia, previsto en el artículo 139.12 de la Constitución, no significa que la lectura de la sentencia deba realizarse necesariamente con la presencia obligatoria del sentenciado; por el contrario, este principio solo exige que el imputado esté presente al instalarse el juicio oral para informarse de los cargos que el fiscal le imputa.

En caso de que no concurra al juicio oral, el imputado será declarado contumaz y se ordenará su inmediata ubicación y captura (artículos 355.4 y 367.3 del Código Procesal Penal).

Ahora bien, si el desarrollo del juicio se suspendiera a causa de lo avanzado de la hora y en la continuación de la audiencia en fecha posterior, o si el acusado no asistiera a esta, el juicio debe continuar sin su presencia, siendo representado por su defensor (artículo 358.4 del Código Procesal Penal). Esta incomparecencia debe entenderse como la renuncia del propio acusado a su derecho de estar presente.

- b) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema: Casación N° 183-2011-Huaura¹⁴ del 5 de septiembre de 2012

Mediante la casación aludida, la Sala emitió doctrina jurisprudencial vinculante para todos los distritos judiciales en los que se encuentra en vigencia el nuevo Código Procesal Penal.

Dicha doctrina jurisprudencial hace referencia tanto a la convocatoria y asistencia del imputado a la audiencia de apelación como a la lectura de la sentencia emitida en segunda instancia. En tal sentido, afirma que la audiencia de apelación puede realizarse con la presencia del abogado defensor del imputado recurrido y de los otros sujetos procesales, y que la obligatoriedad en la asistencia del imputado recurrido a dicha audiencia tiene una aplicación relativa, pues existen mecanismos supletorios, como la asistencia de su abogado defensor, que garantizan plenamente los derechos y garantías procesales, no debiendo considerarse dicha inasistencia como vulneratoria de las normas legales de carácter procesal, debiendo interpretarse en forma sistemática lo dispuesto por el artículo 423.2 del nuevo cuerpo de leyes procesal penal.

Asimismo, se indica que la disposición que señala que ante la inasistencia del imputado a la audiencia de apelación, los jueces superiores deben disponer su conducción coactiva y declararlo contumaz, debe ser aplicada caso por caso y no en forma general, pues en algunos supuestos la prueba de cargo conocida en segunda instancia puede ser tan débil para cuestionar una decisión absolutoria de primera instancia, que sería

12 Auto que confirma la resolución que declaró fundado el hábeas corpus.

13 Considerandos 13, 14 y 15.

14 El recurso fue concedido por inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad, con relación a la inaplicación de los artículos 369 inciso 1, 423 inciso 2, y 396 inciso 3 del Código Procesal Penal.

inadecuado disponer dichas medidas cuando la presencia del imputado –que puede ser convalidada con la asistencia de su abogado defensor– no sea determinante para definir la decisión judicial.

En cuanto a la lectura de la sentencia, se afirma que esta es una exigencia no solo de orden formal, sino que es, a su vez, una exigencia normativa que tiende a someter al escrutinio general la decisión judicial adoptada; por lo que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 425.6 del NCPP, la sentencia de segunda instancia –al igual que la derivada del acto de juzgamiento en primera instancia– debe ser, primero, ineludiblemente leída –se entiende en audiencia pública– salvo las excepciones de ley en que dicha diligencia se hace en forma reservada y después de ello, notificada a los sujetos procesales.

Vale decir que para dicha Sala resulta suficiente que el órgano juzgador dé lectura a su decisión en audiencia pública, no siendo requisito fundamental la concurrencia del procesado.

c) **Sala Penal Permanente de la Corte Suprema: Recurso de Nulidad N° 4040-2011-Lima¹⁵ del 29 de noviembre de 2012**

El apelante fundamentó su petición en el sentido de que el Colegiado Superior, al expedir la recurrida, no tomó en cuenta su estado de salud, lo que le impidió asistir a la audiencia pública donde se iban a leer las cuestiones de hecho y la sentencia.

El conocimiento de esta jurisprudencia resulta importante por cuanto la Sala

Suprema dispuso que lo anotado en su cuarto considerando constituya precedente vinculante normativo.

En virtud de ello, la Sala reseñó:

“Cuarto: Que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente debe dejarse establecido que si bien el Colegiado Superior sancionó la concurrencia del procesado Contreras Baldeón a la sesión de audiencia en la que se iban a leer las cuestiones de hecho y la sentencia recaída en el proceso que se le siguió, y que ello acarreó que se declarara quebrado el juicio oral, sin embargo cabe indicar que dicho procedimiento resulta totalmente perjudicial para el proceso mismo –con la declaración de quiebre que retrotraerá todo, a un estado inicial del acto oral–, y lo convierte en ineficiente, pues debe tenerse en cuenta que si un procesado ha cumplido con asistir a todas las audiencias del contradictorio, ha ejercido cabalmente su derecho de defensa, con interrogatorios y pruebas, su abogado ha efectuado sus alegatos finales e incluso el mismo procesado ha realizado su autodefensa, entonces la audiencia final en la que se cumplirá con la lectura de las cuestiones de hecho y la sentencia, representa simplemente un acto de notificación de la decisión adoptada, lo que se puede hacer en presencia o no del acusado pues tal situación no afecta en modo alguno el derecho de defensa del procesado, quien siguiendo los lineamientos descritos –de presencia en las sesiones anteriores y presentación de sus

15 Interpuesto por Daniel Arturo Contreras Baldeón, contra la resolución del 25/07/11, que declaró quebrado el juicio oral y revocó el auto de apertura en cuanto dictó mandato de comparecencia y reformándola, dictaron mandato de detención contra su persona.

argumentos de ya sea por el mismo o su abogado defensor– ha preservado –y así lo tiene que asegurar el Órgano Jurisdiccional– el respeto a sus garantías y derechos constitucionales –de debido proceso y de defensa–; en tal sentido, la lectura de la sentencia constituye un acto formal de comunicación de la decisión, no afectando las garantías que rigen el contradictorio, pues ya precluyó la actuación probatoria, y esta se realizó en igualdad de armas y en presencia del acusado y su abogado defensor, siendo ello así, entonces no existía en el presente caso motivo alguno que conllevara a la declaración del quiebre del juicio oral, sino que pudo producirse con el acto oral en el estadio en que se encontraba –así incluso lo habilita el Código Procesal Penal del dos mil cuatro, cuando en su artículo trescientos noventiséis señala “(...) que la sentencia será leída ante quienes comparezcan (ello obviamente en tanto y en cuanto se hayan garantizado los derechos de los justiciables en el proceso penal) tanto más si –por las consideraciones expuestas– no se trata de una condena en ausencia o contumacia, ello pues el procesado tuvo garantizado todos sus derechos fundamentales, que los ejerció conjuntamente con su abogado en la fase de juzgamiento correspondiente (...)”.

La elaboración teórica del considerando resulta impecable al tener en cuenta que el fundamento principal del nuevo modelo procesal penal resulta ser el contradictorio, que se desarrolla principalmente durante el juicio oral, momento procesal donde las partes (acusador y defensor) contraponen sus puntos de vista frente a un tercero (juez), que emitirá decisión.

El precedente considera que si el imputado hizo frente al proceso, ejerció su derecho a contradecir a la parte acusadora, contó con abogado defensor y no se le impidió ejercer algún derecho contemplado en las normas procesales, su no presencia física al momento de dictarse la sentencia no impedirá que el juzgador le dé lectura en audiencia pública, toda vez que, de no estar de acuerdo con los fundamentos de esta, tiene expedito su derecho a impugnarla. En tal sentido, la lectura de sentencia condenatoria sin la presencia del procesado, no resulta violatoria de las garantías y derechos constitucionales al debido proceso y de defensa, por cuanto dicho acto únicamente importa una formalidad procesal de comunicación de la decisión jurisdiccional, sin afectar, de modo alguno, las garantías procesales indicadas.

EXAMEN FINAL

El cuestionamiento que dio origen a la presente investigación se fundamenta en que se condenó a una persona que se encontraba ausente en el acto de lectura de sentencia; para ello debemos tener presente que un imputado se reputa “ausente” cuando se desconoce su paradero y/o no se evidencie de autos que dicha persona conozca del proceso en su contra.

Para que un órgano jurisdiccional llegue al acto público de lectura de sentencia deben haberse llevado adelante todas las fases del juicio oral, instalación de este, alegatos de apertura, contradictorio, examen de medios probatorios, alegatos de cierre, etc., corroborado todo ello con la participación del imputado y su abogado defensor; si el procesado deja de asistir a la audiencia, esta puede continuar sin su presencia y podrá ser representado por su abogado defensor.

CONCLUSIONES

En nuestra opinión, la no asistencia del imputado al acto público de lectura de sentencia no impedirá que el juzgador proceda a dar lectura de ella, bastando únicamente que se haga en audiencia pública.

Luego de dicho acto, resulta pertinente que el juzgador efectúe la debida notificación a la parte que no concurrió para que pueda ejercer su derecho.

La posición asumida por la Sala del Tribunal Superior Militar Policial del Centro de dar lectura a la sentencia a pesar de la inasistencia de la imputada se encuentra arreglada a ley.

En el Fuero Militar Policial, las salas de juzgamiento pueden dar lectura a sus sentencias ante la incomparecencia de los imputados, siempre y cuando hayan sido debidamente citados.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ

Tte Crl EP Roosevelt Bravo Maxdeo¹

173

RESEÑA

En el presente trabajo, el autor hace una síntesis sobre los alcances generales del Derecho Internacional Humanitario (DIH); el tratamiento que se le ha dado en los Códigos de Justicia Militar en el Perú; las demandas de inconstitucionalidad que se han incoado contra ellas; la decisión del Tribunal Constitucional al respecto y las razones por las cuales los delitos contra el DIH deben estar tipificados en la parte especial de los códigos penales militares, sin que ello sea excluyente respecto del Código Penal común.

I. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: Notas Introductorias

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) o *ius in bello* (Derecho en la guerra) es una rama del Derecho Internacional Público de largo desarrollo. Tiene sus orígenes en la costumbre (“usos y costumbres de la guerra”) y es tan antiguo como la guerra misma. Desde tiempos inmemoriales, los humanos han tratado de reglar las guerras, evitar el sufrimiento innecesario de los combatientes y proteger a las personas (mujeres y niños, principalmente) que no combatían, así como limitar los medios y

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

métodos de hacer la guerra; no obstante, estos esfuerzos fueron casi siempre limitados e insuficientes².

Según la autorizada voz de Jean Pictet³, el DIH se trata de “un conjunto de normas de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que por razones humanitarias restringe la utilización de cualquier método o medio de combate”.

Si bien el Derecho Internacional Humanitario tiene antecedentes remotos, que no vienen hoy al caso recordarlos, es en la Edad Moderna, con la aparición de los Estados, la formación de los ejércitos regulares, el desarrollo de las armas de fuego y el curso sangriento y devastador de las guerras que surge la idea de pensar sistemática y “doctrinariamente” en el tema. La doctrina clásica del Derecho Internacional, seguida por teólogos como Francisco de Vitoria, defensor de la teoría de la guerra justa⁴ y del Derecho como expresión divina, se vivifica por el pensamiento de Hugo Grocio⁵, quien afirmaba que el Derecho era también expresión de la razón humana basada en el Derecho de Gentes, además del Derecho Natural, lo que implicaba humanizar la guerra.

En el Siglo de las Luces (siglo xviii), los pensadores de la ilustración como Rousseau, Voltaire, Kant, Diderot, Hume y D'Alembert aportarán con sus ideas humanistas en la formación del futuro Derecho Internacional Humanitario. Rousseau, en *El contrato social* (1762), delinearé las bases del moderno Derecho de la Guerra al afirmar que la guerra no es una relación de hombre a hombre sino de Estado a Estado, en que los particulares no son enemigos como hombres ni como ciudadanos, sino como soldados, por lo tanto, la guerra se justificaba solo por la razón de la soberanía del Estado; estaba confiada a los ejércitos profesionales y la población inocente estaba exonerada de esta actividad. Dejó atrás las ideas de la guerra justa⁶.

La Revolución Francesa, no obstante estar basada en las ideas de la Ilustración, no fue un ejemplo de respeto del DIH; es más, al instaurarse la guerra en masa, declararse que cada ciudadano sería un soldado y proclamarse la nación en armas se retrocedió en los logros alcanzados por el DIH. La guerra ya no tendrá basamentos religiosos o intereses personales de los monarcas, sino ideológicos y volverá la guerra total, como lo preconizó Clausewitz. Las guerras napoleónicas y las que vendrán después como la de Crimea (1854-1855) serán particularmente

2 BRAVO MAXDEO, Roosevelt. “El Derecho Internacional Humanitario y la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Empleo de la Fuerza”. En *Revista de Análisis Jurídico Especializado* (RAE). Año 2, tomo 18, diciembre 2009.

3 JEAN PICTET, Simón (1914-2002) fue un jurista suizo, experto en Derecho Internacional Humanitario, alto funcionario y vicepresidente del Comité Internacional de la Cruz Roja. Fue “el arquitecto principal” de los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos I y II, adicionales a dichos Convenios y los siete Principios de la Cruz Roja, entre otros muchos aportes.

4 Vitoria fue uno de los principales teóricos del concepto de guerra justa. En *De iure belli* analizó los límites del uso de la fuerza para dirimir las disputas entre pueblos. Es lícito hacer la guerra, pero la única causa justa para comenzarla es responder proporcionadamente a una injuria. Por lo tanto, no es lícita la guerra simplemente por diferencias de religión o para aumentar el territorio.

5 Escribió el primer tratado sistemático sobre Derecho Internacional (*De iure belli ac pacis* -1625).

6 Para entender con mayor profundidad esta evolución histórica de los orígenes del DIH: NAMIHAS Sandra, “Antecedentes, origen y evolución histórica del Derecho Internacional Humanitario”. En: *Derecho Internacional Humanitario*. PUCP, Lima, 2003, pp. 31-88.

sangrientas, pero a partir de 1864⁷ se impulsarán tratados con el objeto de proteger a las víctimas de la guerra y regular los medios y métodos por emplearse, lo que se conocerá más adelante como los Derechos de Ginebra, La Haya y Nueva York.

1. Derecho de Ginebra

El Derecho de Ginebra, que debe su nombre a la ciudad donde se propiciaron inicialmente sus alcances, comprende las normas que buscan la protección internacional de las víctimas de los conflictos armados. Se inicia con el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña de 22 de agosto de 1864 (el Perú se adhirió el 22 de abril de 1880).

El Derecho de Ginebra se vigoriza con la adopción de los cuatro Convenios del 12 de agosto de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales aprobados el 8 de junio de 1977, que mejoraron y complementaron las normas existentes. Estos Convenios y Protocolos Adicionales, sustanciales para el entendimiento del DIH, están referidos:

- a. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (convenio I).
- b. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (convenio II).
- c. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (convenio III).

- d. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (convenio IV).

Estos cuatro Convenios entraron en vigor el 21 de octubre de 1950 y en el Perú el 15 de agosto de 1956.

- e. Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978 (En el Perú el 14/01/1990).
- f. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (protocolo II), que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978 (en el Perú el 14/01/1990).

2. Derecho de La Haya

Componen esta rama del DIH las normas que limitan los distintos métodos y medios de combate. Los métodos están referidos a las formas de conducción de las hostilidades y los medios se refieren a los instrumentos o armas a ser utilizados.

Así, están prohibidos como métodos de combate, por ejemplo, el terror, el pillaje, las represalias, hacer padecer hambre a la población y como medios usar armas que causen daños innecesarios como las balas dum-dum, las armas incendiarias, bacteriológicas, etc. “Con ello se busca evitar causar sufrimientos innecesarios y males superfluos dado que el objetivo durante las hostilidades consiste en

7 El 22 de agosto de 1864 es considerado como la fecha de nacimiento del Derecho Internacional Humanitario (DIH), por haberse suscrito el primer “Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña”.

debilitar las fuerzas del enemigo, lo que a su vez, constituye norma fundamental desde los inicios de la regulación de este tema”⁸.

El Derecho de La Haya tiene su origen en 1868 con la Declaración de San Petersburgo, que prohíbe el uso de ciertos proyectiles. En 1899 y 1907 se celebraron las Conferencias de Paz en La Haya, donde se elaboraron un total de diecisiete Convenios que limitaban los distintos métodos y medios de combate y posteriormente otros que, sin embargo, no pudieron “humanizar” la Guerra.

La experiencia tremenda de la Primera Guerra Mundial, donde se utilizaron armas devastadoras, originó la dación, por ejemplo, del Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 17 de junio de 1925, que entró en vigor el 8 de febrero de 1928 (en el Perú entró en vigor el 05/06/1985). No obstante estos esfuerzos, durante la Segunda Guerra Mundial estos métodos y medios de hacer la guerra llegaron a su clímax en sentido negativo y nuevamente hubo que regularlos.

3. Derecho de Nueva York

Este Derecho comprende tanto las normas que rigen el comportamiento de los sujetos respecto del DIH, como aquellas que limitan ciertos métodos y medios de combate. Su denominación no tiene una connotación geográfica, sino más bien “designa a una categoría de reglas sustanciales”.

“A diferencia de las otras vertientes, donde son principalmente los esfuerzos del CICR los que permitieron su desarrollo,

en esta las Naciones Unidas desempeñan un papel fundamental, toda vez que es bajo sus auspicios que se van a elaborar una serie de normas en la materia. En efecto, si bien en sus inicios las Naciones Unidas no se habían interesado en regular los conflictos armados por considerar que ello sería contradictorio con el principio de prohibición de uso de la fuerza plasmado en su Carta, el interés por el mantenimiento de la paz y el respeto de los derechos humanos, así como los conflictos que siguieron suscitándose, las llevaron a prestar mayor atención al DIH”⁹.

Las convenciones que se han dado con la participación de Naciones Unidas y el CICR son muchas y sobre temas variados, como la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas, el reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios, etc.

II. ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Estatuto de Roma es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional. Fue adoptado en la ciudad de Roma (Italia) el 17 de julio de 1998, durante la *Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*.

El Estatuto de Roma, instrumento internacional largamente anhelado, es el colofón de otros Estatutos como el de Núremberg,

8 SALMON, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Tercera edición, IDEHPUCP, Lima, agosto de 2012, p. 69.

9 *Ibíd.*, p. 68.

el del Lejano Oriente, de la ex-Yugoslavia y Ruanda, para poner coto a las atrocidades de los conflictos armados que conmueven profundamente la conciencia de la humanidad y para que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no queden sin castigo; para tal fin hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio del 2002.

Como se expresa en el preámbulo, los Estados, “a efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, (se han decidido) a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

“La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto” (artículo 1). La sede de la Corte estará en La Haya, Países Bajos (el Estado anfitrión).

Conforme al artículo 5, la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- 1) El crimen de genocidio.
- 2) Los crímenes de lesa humanidad.

- 3) Los crímenes de guerra.

- 4) El crimen de agresión.

Respecto a la competencia temporal, el Estatuto prevé que “La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto” (1 de julio del 2002). “Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que este haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”.

De conformidad con el artículo 25 del Estatuto, la Corte tiene competencia respecto de las personas naturales. La responsabilidad será individual. Serán penados los cómplices, encubridores o colaboradores que de algún modo participen en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para esto. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional.

El Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial (artículo 27). En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se un motivo para reducir la pena. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho Internacional no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. Este instrumento es de suma importancia para la efectiva aplicación del DIH, en un mundo tan convulsionado como en el que vivimos,

particularmente, respecto de los delitos cometidos en el contexto de conflictos armados no internacionales (CANI), donde la experiencia nos dice que se han cometido crímenes atroces. De hecho, la Corte Penal Internacional viene ya procesando actualmente a personas naturales que han cometido delitos de lesa humanidad.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LOS CÓDIGOS DE JUSTICIA MILITAR DEL PERÚ

1. Código de Justicia Militar de 1898¹⁰

En el Código de Justicia Militar de 1898, el primero de nuestra vida republicana, no se consideraron los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, ni con este nombre ni con otro (por ejemplo, el de Derecho de Gentes, como se consideró más adelante en el tiempo).

2. Código de Justicia Militar de 1939¹¹

En el segundo Código de Justicia Militar, promulgado el 19 de octubre de 1939, se tipificaron algunas conductas que afectan al Derecho Internacional Humanitario, en el Título Cuarto de la Sección Tercera de la Parte Especial (“Delitos contra la seguridad del Estado”), con el epígrafe de “De la violación del derecho de gentes”. Este Código fue promulgado 19 días después de iniciada la Segunda Guerra Mundial¹².

De acuerdo con el artículo 233, constituía delito contra el Derecho de Gentes:

1. La piratería, de conformidad con las disposiciones establecidas en el título respectivo de éste Código (Sección Octava, Título Quinto, De la piratería, artículos del 441 al 445).
2. Realizar, sin autorización, actos de hostilidad contra otra nación.
3. Violar armisticio, tregua, salvoconducto legalmente expedido, capitulación o cualquier otra convención legítima celebrada con otra nación, o prolongar las hostilidades, después de recibir aviso oficial de paz, tregua o armisticio.
4. Violar inmunidades de algún agente diplomático de nación extranjera.

Los que incurrían en las conductas señaladas eran sancionados con prisión (de dos a cinco años de pena privativa de libertad) o con reclusión militar (de dos meses a dos años de pena privativa de libertad). Si estas conductas generaban represalias, afectaban a una nación aliada o se habría producido incendios, devastaciones o muerte de personas, la pena era de penitenciaría (de seis a veinticinco años de pena privativa de libertad), conforme a los artículos 234 y 235, respectivamente.

El artículo 236 preveía sanciones de prisión o reclusión militar, según la gravedad del delito, para “Los que ultimen, maltraten o vejen al enemigo rendido o herido, que no haga resistencia”.

Conforme al artículo 237, eran castigados con reclusión militar, en tiempo de guerra, las conductas siguientes:

10 Código de Justicia Militar del Perú, promulgado por el presidente Nicolás de Piérola el 20 de diciembre de 1898. Edición oficial, Oficina tipográfica de “El Tiempo”, Lima, 1899.

11 Ley N° 8991, promulgada por el Presidente Oscar R. Benavides el 19 de octubre de 1939, tomada del *Anuario de la Legislación Peruana*.

12 Se considera el inicio de la Segunda Guerra Mundial el 1 de septiembre de 1939, día en que se inicia la invasión de Polonia por los alemanes.

- “1°.-Obligar a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas o utilizarlos como parapeto, maltratarlos de obra, injuriarlos gravemente o privarlos de la curación o alimentos necesarios;
- 2°.- Atacar, sin necesidad absoluta, hospitales, asilos de beneficencia, templos, conventos, cárceles o casas de agentes diplomáticos o de cónsules extranjeros, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos;
- 3°.- Destruir, en territorio amigo o enemigo y sin que lo exijan las necesidades de la guerra, bibliotecas, archivos, acueductos u obras notables de arte;
- 4°.- Destruir, innecesariamente, edificios u otras propiedades, saquear a los habitantes o cometer actos de violencia o afrentosos contra ellos;
- 5°.- Despojar a los muertos o heridos en combate, a los prisioneros o a los individuos de buque apresado o sometido a visita;
- 6°.- Apoderarse ilegítimamente de papeles u objetos de una nave o aeronave detenida o aprehendida o de una presa, cuando ésta no ha sido aún declarada tal; y
- 7°.- Ofender de palabra u obra a un parlamentario”.

En cuanto a la protección de los miembros de la Cruz Roja, el artículo 238 penaba con penitenciaría o prisión a aquellos que a sabiendas hacían fuego contra miembros de esa institución humanitaria, que cumplieran sus fines “en combate, campo de batalla o acción de armas” y, naturalmente, llevasen sus distintivos pertinentes. Finalmente, estaba el artículo 239, que penaba con “la separación

del servicio por tiempo no menor de un año”, a quienes “ocultasen, rompiesen o extraviasen la patente, rol o contrato de fletamento, en las embarcaciones que se reconozcan, detengan o apresen, los conocimientos o pólizas de su carga (...) o abriesen en ella escotillas, pañoles o cualquier otro sitio o mueble cerrado, sin estar autorizados o sin exigirle la seguridad de la nave o aeronave (...)”.

3. Código de Justicia Militar de 1950¹³

En el Código de Justicia Militar de 1950 (CJM-50) se previó “la violación del Derecho de Gentes” en el Título Cuarto de la Sección Tercera, “Delitos contra la seguridad del Estado”. Cuando este Código se promulgó, no habían entrado aún en vigor los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, piedra angular del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Estos convenios entraron en vigencia el 21 de octubre de 1950 y en el Perú el 15 de agosto de 1956, por lo que el Código de 1950 no recogió sus avances sistemáticos.

El CJM-50, repitió textualmente las conductas y penas previstas para los tipos penales de “la violación del Derecho de Gentes” del Código de 1939, en los artículos del 195 al 201. Apenas introdujo, en su artículo 196, la separación temporal del servicio como otra pena, alternativa, de la de prisión o reclusión militar en los casos de mínima gravedad.

4. Código de Justicia Militar de 1963¹⁴

En el Código de Justicia Militar de 1963 (CJM-63) se contempló “la violación del Derecho de Gentes” en el Título Cuarto de la

13 Código de Justicia Militar, Decreto Ley N° 11380 de 29 de mayo de 1950, ratificado por la Ley N° 11490 del 1 de septiembre de 1950, Ministerio de Guerra, Lima, 1961.

14 Decreto Ley N° 14613, promulgado el 25 de julio de 1963, Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, julio 1963.

Sección Tercera, “Delitos contra la seguridad y el honor de la nación”, que en los Códigos de 1939 y 1950 se contemplaban como “Delitos contra la seguridad del Estado”; es decir, que el bien jurídico tutelado ya no es la “seguridad del Estado” sino la “seguridad y el honor de la nación”, entidad con mayor resonancia patriótica.

En el Código de 1963, el tratamiento del “Derecho de Gentes”, que se prevé en los artículos 93 al 99, es básicamente el mismo de los Códigos de 1939 y 1950. Si algún cambio puntual podemos notar, este se da en el artículo 93, que tiene como antecedentes los artículos 233 del Código de 1939 y 195 del Código de 1963, respecto de la supresión del tratamiento de la piratería y una mejor redacción de sus tipos penales.

5. Código de Justicia Militar de 1980¹⁵

En el Código de Justicia Militar de 1980 (CJM-80), “De la violación del Derecho de Gentes”, se trató en la Sección Tercera del Título Cuarto, en los artículos 91 a 97 y salvo una mejor redacción del artículo 91, los tipos penales del CJM-63 se repiten casi textualmente.

Como se sabe, el 7 de diciembre de 1978 entraron en vigor los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), avances convencionales que no fueron tomados en cuenta. Se pudiera alegar que estos Protocolos Adicionales entraron en vigor para el Perú en

fecha muy posterior, el 14 de enero de 1990; no obstante, resulta evidente que ni estos ni los Convenios de 1949 fueron tomados en cuenta hasta el 2006, en que se introdujeron sistemáticamente en el Código de Justicia Militar de ese año los delitos Contra el DIH (CJMP-2006).

6. Código de Justicia Militar Policial de 2006¹⁶

Este Código abandonó definitivamente el concepto de “Derecho de Gentes” y trató los “Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario” (DIH) en forma sistemática, en el Título II del Libro Segundo (Parte Especial).

Los tipos penales contra el DIH se tratan en un título distinto a los “Delitos contra la seguridad y el honor de la Nación” (Delitos contra la defensa nacional en el CJMP-2006), como se trataba el “Derecho de Gentes” en los códigos de 1963 y 1980; por tanto, los bienes jurídicos tutelados son distintos. Los delitos contra el DIH se encontraban previstos en los artículos del 83 al 105.

El Capítulo I estuvo referido a los “Delitos contra las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario perpetrados por personal militar o policial” y al tratamiento de aspectos relativos a la “órdenes superiores”, cuyo cumplimiento, tratándose de órdenes indebidas, no exceptuaba al autor de un delito de la responsabilidad que le correspondía. La imprescriptibilidad de la acción penal, la aplicación de la jurisdicción universal y el non bis in ídem, entre otros, son tratados en este capítulo.

15 Decreto Ley N° 23214, en vigencia desde el 28 de julio de 1980, Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 1998.

16 Decreto Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar, Normas Legales de El Peruano, Separata Especial, 11 de enero de 2006.

El Capítulo II estaba referido a los “Delitos de empleo de métodos prohibidos en la conducción de hostilidades”, el Capítulo III a los “Delitos contra el patrimonio y otros derechos”, el Capítulo IV a los “Delitos contra operaciones humanitarias y emblemas”, el Capítulo V a los “Delitos de empleo de medios prohibidos en la conducción de hostilidades” y el Capítulo VI referido a una “Disposición común”.

Debemos precisar que este tratamiento sistemático de los tipos penales que afectan el DIH se debe a un adecuado conocimiento de la doctrina sobre la materia, lo que se ha logrado con la participación activa del Comité Internacional de la Cruz Roja en su difusión y a la instrucción que los miembros de las Fuerzas Armadas del Perú reciben desde el 2003 sobre este tema en el Centro de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de las FF. AA.

- a. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0012-2006-AI/TC, respecto del DIH en el Código de Justicia Militar de 2006

Poco después de entrar en vigencia el CJM-2006, la decana del Colegio de Abogados de Lima de entonces interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar Policial, “por considerar que los tipos penales que consagra afectan, entre otros bienes constitucionales, el principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos y el principio de legalidad penal”¹⁷.

La demandante sostuvo, respecto de los delitos contra el DIH, que eran inconstitucionales los artículos 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102 y 103 del CJMP; es decir,

13 tipos penales de los 22 que integraban el respectivo Título, no siendo demandados los artículos 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 94 y 104, por tratarse de tipos penales relativos a disposiciones generales.

Sostuvo como argumento que estos tipos penales no pueden ser considerados como delitos de función pues “los bienes jurídicos afectados son las reglas mínimas de la guerra, las normas humanitarias que recoge el Derecho Internacional, las mismas que proscriben la realización de conductas que van más allá de las necesidades estrictamente militares y que violan clásicos bienes jurídicos como la vida, la integridad, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, el ambiente natural, el acceso a la justicia, etc., en ese contexto de especial desprotección y peligro para las víctimas (la guerra), y en el que la seguridad de sus bienes solo depende la vigencia de esas reglas mínimas que impone el Derecho Internacional Humanitario”. **Este interés jurídico, alegan, no es propio de las Fuerzas Armadas**¹⁸.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2006-AI/TC, declaró inconstitucionales todos los tipos contra el DIH demandados por la decana del Colegio de Abogados de Lima. Las consideraciones del Tribunal Constitucional son generales; así, en los párrafos 71 y 72 de la sentencia hace referencia al reconocimiento de la comunidad internacional de normas imperativas como las del DIH y el contenido de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales I y II. El DIH es mucho más que eso, los convenios que se han firmado en este campo son numerosos y abarcan, como se ha reseñado líneas arriba, la protección de heridos, náufragos, enfermos, población civil, prisioneros de guerra, el respeto de signos y

17 Sentencia N° 0012-2006-PI/TC, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>>.

18 Párrafo 69 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2006-AI/TC.

distintivos de organismos como la Cruz Roja, la protección de bienes culturales, la limitación de medios y métodos de hacer la guerra; en fin, el respeto de principios esenciales en la conducción de las hostilidades y muchísimo más, que no es del caso referir aquí.

Todo el “argumento” que el Tribunal Constitucional da para declarar inconstitucionales los delitos contra el DIH está en los párrafos 74 y 75 de la sentencia. Hace referencia al inciso 1 del artículo 90 del CJMP y luego extiende su argumento al resto de delitos:

“74. Seguidamente, se examinará el cuestionado inciso 1 del artículo 90 del CJMP, que establece que ‘El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años’.

Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (en actividad), que en un conflicto armado internacional o no internacional (en acto de servicio o con ocasión de él), MATE a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, afectando el bien jurídico VIDA (que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173 de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional”.

“75. Respecto de los incisos 2 a 9 del artículo 90, los artículos 91, 92, 93, 95, 96,

97, 98, 99, 100, 101, 102 y 103 del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y por pretender afectar bienes jurídicos que no son propios ni particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, tales como la integridad física, psíquica o moral, la libertad sexual, libertad de tránsito, propiedad, tutela jurisdiccional efectiva, entre otros, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales”.

Evidentemente, no se tuvo en consideración que los delitos de función protegen otra clase de bienes jurídicos como la disciplina, la subordinación, la eficiencia y corrección del mando, la organización de la fuerza militar, el orden castrense, etc.

La afirmación: “En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173 de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional”, carece a nuestro juicio, de inexactitud.

Las características básicas del delito de función están referidos a: I) el sujeto activo del delito debe ser un militar o policía en situación de actividad; ii) el delito debe ser cometido en acto del servicio o con ocasión de él; y iii) debe atentar contra bienes jurídicos vinculados a la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional”.

Las características básicas del delito de función no están determinadas en el artículo 173 de la Constitución sino en la Ley. El citado artículo precisa que en caso de delito de función, los miembros de la FF. AA. y la PNP “están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar”, pero no dice que es delito de función:

“Artículo 173.- En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Arma-

das y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 solo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”.

7. Código Penal Militar Policial de 2010¹⁹

En el Código del 2010 (CPMP-2010), los delitos contra el DIH están previstos en el Título II de la parte especial, en los artículos del 75 al 98. Para su elaboración se tomaron en cuenta los tipos penales que no habían sido materia de inconstitucionalidad en el 2006 (Expediente N° 0012-2006-AI/TC), los alcances de la sentencia recaída en el Expediente N° 00001-2009-AI/TC de diciembre del 2009, respecto de la demanda incoada por el Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. México, la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la República, entre otros.

El esquema que el Código ha asumido para los delitos contra el DIH es básicamente el siguiente: I) Capítulo I: Disposiciones Generales; II) Capítulo II: Delitos de conducta funcional durante conflictos armados; III) Capítulo III: Delitos contra las personas protegidas por el Derecho Internacional

Humanitario; IV) Capítulo IV: Delitos de empleo de métodos prohibidos en la conducción de hostilidades; V) Capítulo V: Delitos de empleo de medios prohibidos en la conducción de hostilidades; VI) Capítulo VI: Delitos contra operaciones humanitarias y emblemas; y VII) Capítulo VII: Disposición común.

a. Demanda de inconstitucionalidad respecto de los delitos del DIH del Código Penal Militar Policial vigente

En el año 2011, fue incoada una nueva demanda de inconstitucionalidad contra el Código Penal Militar Policial, por las ONG que han recurrido a organizaciones que no tienen ninguna vinculación ni conocimiento especializado sobre estos temas jurídicos castrenses, como la CGTP, Aidesep y otros colectivos.

Respecto a los delitos contra el DIH, se han demandado los artículos 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 96 y 97 con el argumento de que semejantes tipos penales ya habían sido materia de inconstitucionalidad (Expediente N° 0012-2006-AI/TC) y otros, que analizaremos en el siguiente punto de este artículo. La demanda, que es hoy materia del Expediente N° 0022-2011-PI/TC, se encuentra en el Tribunal Constitucional para sentencia.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LOS DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO IMPUGNADOS

Debemos hacer notar, respecto de los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario del CPMP-2010 que han sido impugnados (15 delitos), que es falaz afirmar

19 Decreto Legislativo N° 1094, Código Penal Militar Policial, Biblioteca Jurídica del Fuero Militar Policial, tercera edición, octubre 2011.

que no pueden incluirse en un Código Penal Militar Policial, por el contrario, son delitos que se cometen durante conflictos armados internacionales o internos, razón básica de la existencia de las FF. AA., porque implican la protección de la soberanía nacional y la integridad territorial del Perú.

A la Cruz Roja Internacional y a los organismos multilaterales relacionados con el Derecho Internacional Humanitario solo les interesa que las conductas que afectan este derecho sean juzgados debidamente. No existe norma alguna que obligue a un Estado que los delitos de DIH deben estar tipificados solo en un Código Penal Común y ser juzgados en la jurisdicción común.

Por primacía de la realidad y las obligaciones constitucionales, corresponde a la jurisdicción militar, con sus fiscales y jueces, acompañar a las tropas durante el conflicto; pretender asignar estas atribuciones a fiscales y jueces de la jurisdicción común resulta un despropósito.

De otro lado, los tipos penales sobre DIH previstos en el Código Penal Militar Policial no tienen que ver con delitos de lesa humanidad ni graves crímenes de guerra, solo con la corrección inmediata de conductas que afecten el correcto desarrollo de las operaciones, aspecto este y otros, en los que el Fuero Militar Policial se autolimita por respeto a la Constitución Política, a las convenciones internacionales y a los mandatos del Tribunal Constitucional; en consecuencia, el Fuero Militar Policial peruano no conoce de los delitos de lesa humanidad que puedan darse durante conflictos armados, estas conductas son de competencia de la jurisdicción común.

V. CONCLUSIONES²⁰

1. El Derecho Internacional Humanitario (DIH) o *ius in bello* es una rama del Derecho Internacional Público de largo desarrollo. El Derecho Internacional Humanitario tiene sus orígenes en la costumbre (“usos y costumbres de la guerra”) y es tan antiguo como la guerra misma. Desde tiempos inmemoriales, los humanos han tratado de reglar las guerras, evitar el sufrimiento innecesario de los combatientes y proteger a las personas que no combatían, así como limitar los medios y métodos de hacer la guerra.

2. La participación en las guerras de ejércitos profesionales, los métodos cuestionables empleados y los medios cada vez más sofisticados utilizados hicieron que las guerras se tornaran más sangrientas y se afectara cada vez más a la población civil, surgiendo la necesidad de limitarlas convencionalmente. La Convención de Ginebra de 1864 es el primer hito en este esfuerzo, a la que le siguieron otras que hoy conocemos genéricamente como los Derechos de Ginebra, La Haya y Nueva York, que con el nacimiento de la Organización de Naciones Unidas se han unificado.

3. La guerra, en términos generales, está proscrita por la Carta de Naciones Unidas; no obstante, la realidad nos demuestra que los conflictos armados se han extendido por el mundo, particularmente los conflictos armados de carácter no internacional, en cuyo contexto se recurren comúnmente a métodos prohibidos por el DIH como el terrorismo, el secuestro y la tortura.

4. El Derecho Internacional Humanitario (DIH) o *ius in bello* tiene como vocación

20 Las conclusiones 1, 2, 3 y 4, en lo sustancial, fueron expuestas por el autor en un artículo titulado “El Derecho Internacional Humanitario y la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Empleo de la Fuerza”, publicado en la *Revista de Análisis Jurídico Especializado* (RAE). Tomo 18, diciembre 2009-Año 2.

humanizar y limitar, a lo estrictamente necesario, los efectos de los conflictos armados. No prohíbe ni limita dichos conflictos, sean estos de carácter internacional o interno; en tal sentido, solo pretende un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad. “Se trata de un conjunto de normas de origen convencional (tratados) o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate”.

5. En el Perú, desde el Código de Justicia Militar de 1939 y en los siguientes de 1950, 1963, 1980, 2006 y 2010 se ha tipificado siempre delitos que tienen relación con el Derecho Internacional Humanitario, hasta 1980 como Derecho de Gentes y a partir del 2006 como Derecho Internacional Humanitario, por ser las conductas típicas cometidas en conflictos armados propios del ámbito castrense.

6. No existe norma alguna que obligue a un Estado que los delitos de DIH deben estar

tipificados solo en un Código Penal común y ser juzgados en la jurisdicción común. Los organismos internacionales solo desean que las conductas que atentan contra el DIH sean sancionadas debidamente.

7. Por primacía de la realidad y las obligaciones constitucionales, corresponde a la jurisdicción militar, con sus fiscales y jueces, acompañar a las tropas durante el conflicto; pretender asignar estas atribuciones a fiscales y jueces de la jurisdicción común resulta un despropósito.

8. El Fuero Militar Policial peruano no conoce de los delitos de lesa humanidad que puedan darse durante conflictos armados, estas conductas son de competencia de la jurisdicción común. Los tipos penales sobre DIH previstos en el Código Penal Militar Policial solo están dirigidos a la inmediata corrección de conductas que afecten el desarrollo de las operaciones, aspecto este y otros en los que el Fuero Militar Policial se autolimita por respeto a la Constitución Política, a las Convenciones Internacionales y a los mandatos del Tribunal Constitucional.



■ Historia

BIOGRAFÍA DEL VICEALMIRANTE MANUEL ANTONIO VILLAVISENCIO FREYRE

189

El Vicealmirante Manuel Antonio Villavisencio Freyre nació en Lima el 13 de junio de 1842, realizando sus estudios escolares en el Colegio Peruano-Francés. Ingresó como alumno a la Escuela Militar y Naval a los trece años de edad, el 1 de agosto de 1855, egresando de ella como Guardia Marina el 29 de julio de 1857. Inició su carrera en el vapor de guerra *Izcuchaca*. Asistió al bloqueo de Guayaquil en 1859 y 1860, a órdenes del Contralmirante Ignacio Mariátegui Tellería. Sirvió en las fragatas *Apurímac*, *Arica* y *Ucayali* y el 21 de mayo de 1865 es destinado al *Chalaco*, de donde, ascendido a Teniente Primero efectivo, es trasladado al monitor *Huáscar*, a órdenes del Comandante Miguel Grau, el 29 de septiembre de 1865.

Durante el conflicto con España hizo la campaña en el litoral chileno después del bombardeo de Valparaíso por la escuadra española, por lo que no estuvo en el combate naval del Dos de Mayo de 1866. Con el grado de Capitán de Fragata comandó el vapor de guerra *Maire* en 1872 y en 1877 se le confió el mando del transporte *Chalaco*, que tuvo que dejar por haber ascendido a la clase de Capitán de Navío graduado, el 29 de abril de 1879, declarada ya la guerra con Chile.

En marzo de 1880, ante la difícil situación de las tropas peruanas en Tacna y Arica por el bloqueo marítimo impuesto por los chilenos, el Presidente Piérola mandó llamar al Comandante Villavisencio y le dijo: “Arica está bloqueada por la escuadra chilena; es imperativo romper el bloqueo y llevar fuerzas suficientes para la defensa de Tacna y Arica”, respondiendo el marino: “Ahora que mando un buque mejor no vacilo en decirle a V. E., que entraré al Puerto sobre la Escuadra bloqueadora

(...) Del regreso no puedo responder, pero cumpliré con mi deber (...)”. Así lo hizo Villavisencio, rompió el bloqueo con la Corbeta Unión el 17 de marzo de 1880, dejó en puerto los pertrechos y el personal que transportaba, y no obstante haber sido alcanzado por fuego enemigo en el fondeadero, salió de él audazmente, “estrechándose hacia el Morro” y “Rasgando la Isla del Alacrán para alargar más la distancia al enemigo”, volviendo así a romper nuevamente el bloqueo¹.

La hazaña de Villavisencio fue ampliamente publicitada y los propios chilenos reconocieron su pericia marinera y su valentía, siendo así que el historiador chileno Benjamín Vicuña Mackenna dice: “Villavisencio es de escasa figura, como físico, pero de hígados hinchados y alto pecho (...)”² y Víctor Mantilla que “su mediana estatura parecía aumentada, su rostro iluminado; era el espíritu de Grau que pasaba junto a ese corazón retemplando sus fibras (...)”³

El Comandante Villavisencio, que había ascendido a Capitán de Navío efectivo el 17 de marzo de 1880, sostuvo otros hechos de armas con los chilenos al mando de la *Unión*, durante el bloqueo del Callao y en vísperas de las batallas de San Juan y Miraflores. Defendió el puerto de Chorrillos con la batería que se estableció en el barranco de Miraflores y fue el Comandante de la ciudadela del cerro *San Cristóbal*.

Resulta significativo resaltar, igualmente, que dos de los hijos del Almirante Villavisencio combatieron en la Guerra del Pacífico: Grimaldo, como cadete (aspirante), estuvo a bordo del *Huáscar* en el combate naval de Angamos, donde fue herido y hecho prisionero, y Alfredo estuvo embarcado en la corbeta *Unión*, al lado de su padre, quién andando el tiempo alcanzó la clase de Capitán de Navío.

Fue nombrado Prefecto, sucesivamente, de Ica el 15 de junio de 1881, por el Presidente García Calderón, del Cusco el 5 de abril de 1882 y el 31 de mayo de 1883 de Arequipa. El 14 de diciembre de 1885 fue nombrado Comandante del transporte *Santa Rosa*. El 3 de marzo de 1893 fue designado Ministro de Guerra y Marina por el General Andrés A. Cáceres. Volvió luego a la comandancia del *Santa Rosa* y el 25 de septiembre de 1894 se hizo cargo del crucero *Constitución*, de reciente adquisición.

1 GAMBETTA, Néstor. *Héroes y marinos notables. Apuntes Biográficos*. Volumen I, Ministerio de Marina, Dirección General de Intereses Marítimos, Museo Naval, 1982, pp. 157 a 168.

2 Ibídem, p. 163.

3 MANTILLA, Víctor; RIVAS, Ernesto; y GONZÁLES, Nicolás. *Nuestros héroes. Episodios nacionales de la Guerra del Pacífico*. T. I, Lima, 1979 (OIEE), p. 67 y ss.

El Gobierno propuso al Congreso, el 25 de noviembre de 1894, el ascenso del Comandante Villavisencio a la alta clase de Contralmirante, con cuyo grado asumió la Comandancia General de la Escuadra el 31 de noviembre de 1894, cargo que ocupó hasta el 30 de marzo de 1895. Desempeñó posteriormente otros cargos, como el de director de la Escuela Naval de la Punta, encargándose nuevamente de la Cartera de Guerra y Marina (1902-1904). En 1910 fue nombrado Comandante General de Instrucción. En 1912 viajó a Francia para vigilar la construcción de los dos primeros sumergibles que tuvo el Perú: el *Ferré* y el *Palacios*⁴.

En cuanto a su actuación en el fuero militar, se integró al entonces Consejo Supremo de Guerra y Marina el 22 de febrero de 1905, con el grado de Contralmirante. El acta de la sesión precisa: “En este estado ingresó a la sala el Señor Contralmirante Don Manuel A. Villavisencio, se suspendió la sesión privada y en sesión pública, previa lectura de la nota transcribiendo el decreto supremo de su nombramiento de vocal de este Supremo Consejo, se le tomó el juramento de ley y quedó incorporado a él”⁵, permaneciendo en el cargo hasta el 31 de octubre de 1906, fecha en que cesó el Consejo Supremo de Guerra y Marina, al haberse creado el Consejo de Oficiales Generales, por Ley N° 273, promulgada el 27 de octubre de 1906. El Contralmirante Villavisencio prestó juramento como su primer Presidente el 7 de diciembre de 1906⁶, a las tres y cuarto de la tarde, en el salón de recepciones especiales del Palacio de Gobierno, ante el Presidente de la República, doctor José Pardo, ejerciendo la Presidencia del Consejo hasta la sesión del 27 marzo de 1909, continuando como Vocal hasta el 4 de abril de 1910, fecha en que fue nombrado Comandante General de la División Naval.

En la sesión del 21 de enero de 1911 se dio cuenta de un oficio del Ministro de Guerra, transcribiendo la resolución suprema que,

“por haber desaparecido las causales que motivaron la formación de la división naval de instrucción, cese en el cargo de Comandante General de la expresada división el señor Contralmirante don Manuel A. Villavisencio, dándosele las gracias por los buenos servicios que ha prestado al país durante el tiempo que ha desempeñado el comando,

4 Ambos sumergibles fueron puestos en servicio el 19 de agosto de 1911 y arribaron al Perú en octubre de 1912 y octubre de 1913 a bordo del buque dique *Kangourou*, siendo los comandantes los Tenientes Primeros Juan Althaus Dartnell y José R. Gálvez Chipoco, del *Ferré* y *Palacios*, respectivamente *Historia del submarino en Sudamérica y en el Perú*, CONSULADO GENERAL DEL PERÚ EN GUAYAQUIL, Primera edición, mayo, Lima, 2012.

5 Libro de Sesiones Ordinarias del Consejo Supremo de Guerra y Marina N° 1, p. 327.

6 Libro de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales N° 2, pp. 61-63.

debiendo en consecuencia volver a incorporarse al Consejo de Oficiales Generales, del que forma parte conforme a la ley”⁷.

Presidió nuevamente el Consejo de Oficiales Generales entre la sesión del 23 de junio y el 29 de septiembre de 1914 (20 sesiones) y entre el 15 de junio de 1915 y el 6 de junio de 1916, pasando a la situación de retiro por límite de edad en el grado.

Entre otros cargos no castrenses, el Almirante Villavisencio fue senador de la República por del departamento de Áncash y la Provincia Constitucional del Callao. En 1923 fue elegido Presidente del Partido Constitucional, a la muerte del Mariscal Cáceres.

El Congreso de la República premiaría sus servicios a la nación ascendándolo al grado de vicealmirante mediante Resolución Legislativa N° 4813, promulgada el 3 de diciembre de 1923. Dos años más tarde, el 20 de diciembre de 1925, fallecería a la edad de 84 años.

192

En la sesión del Consejo de Oficiales Generales del 21 de diciembre de 1925, el Contralmirante José Ernesto de Mora manifestó: “(...) según es notorio, ha fallecido el señor Vicealmirante don Manuel A. Villavisencio, que ha presidido varias veces el Consejo, correspondiendo a este llevar la palabra al acto del sepelio”, acordando el Tribunal que el propio Contralmirante Mora pronunciara el discurso fúnebre. En seguida el señor Contralmirante Mora expresó: “(...) que como homenaje a la memoria del Vicealmirante fallecido, recordando las gloriosas acciones en su brillante carrera de marino, pedía se reconcentrara el pensamiento unos instantes en esa ilustre personalidad, que dio días de verdadera satisfacción a la patria, poniéndose de pie por un momento y levantándose la sesión”⁸. En la sesión del 28 de diciembre el Contralmirante Mora dio cuenta que cumplió la misión que se le había encomendado y el Consejo, a través de su Presidente, lo congratuló por “la manera tan satisfactoria” con que lo hizo⁹.

Por Ley N° 5841, de 14 de junio de 1927, se mandó erigir en el Cementerio General de Lima un mausoleo en nombre de la nación, al cual fueron trasladados los restos mortales del Almirante Villavisencio, en ceremonia especial. Desde 1988 descansa en un sarcófago del segundo nivel de la Cripta de los Héroes, donde también se encuentra enterrado, en un nicho, el Capitán de Corbeta Grimaldo Villavisencio, su hijo¹⁰.

7 Libro de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales N° 2, p. 382.

8 Libro de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales N° 11, p. 352.

9 Ibídem, p. 354.

10 Obtenido de <http://www.wikilima.com/mediawiki/index.php?title=LA_CRIPTA_DE_LOS_HEROES>, el 23 de julio de 2014.

Entre muchos otros reconocimientos, un buque de la Armada, el B.A.P. Villavisencio (FM-52), lleva su nombre, asimismo, el Instituto Nacional Educación Industrial N° 28 lleva su nombre, un parque en la urbanización La Aurora de Miraflores y varias calles en Lima y otras ciudades del Perú.

Bloqueo de Arica

Cuadro pintado por el Vicealmirante Manuel Antonio Villavisencio Freyre sobre el heroico desbloqueo de Arica, gesta en la que participó en marzo de 1880, durante la Guerra del Pacífico. Fue pintado con la mano izquierda debido a que perdió la movilidad del brazo derecho tras resultar herido en el combate.

193



Fotografía tomada (junio 2014)
del cuadro que obra en poder de la
familia Villavisencio.

DOCTOR ALFREDO GASTÓN Y UGALDE

Una vida al servicio de la patria y
de la justicia militar

Contralmirante CJ (r) Hernán Ponce Monge¹

Con ocasión del centésimo quinto aniversario de la Fiscalía Militar Policial, resulta de justicia rendir homenaje al señor doctor don Alfredo Gastón y Ugalde, quien fuera el Segundo Fiscal del entonces Consejo de Oficiales Generales, hoy Fuero Militar Policial, tarea que cumplió entre el 24 de agosto de 1912 y el 22 de enero de 1918.

El doctor Alfredo Gastón y Ugalde nació en la ciudad de Lima en 1846 y fue hijo del doctor Manuel P. Gastón Gorrio, abogado de profesión, y de doña Antonia Ugalde Sáenz². Participó en el Combate Naval del Dos de Mayo de 1866, en el que la armada española, al mando del Brigadier Casto Méndez Núñez, se enfrentó a las defensas del puerto del Callao, al mando del Dr. José Gabriel Gálvez Egúsquiza, Ministro de Guerra y Marina, abogado, orador, profesor y político, quien falleciera en el torreón de La Merced, encarnando hoy el espíritu de heroicidad, valor y arrojo de los peruanos³.

En 1875 se publicó *La Compilación de las vistas fiscales en materia judicial y administrativa que se han expedido en el Perú: desde el año 1840 hasta 1871*, obra elaborada por los doctores José Gregorio Paz-Soldán, Manuel Ureta y Alfredo Gastón⁴.

1 Presidente de la Fiscalía Suprema Militar Policial del Fuero Militar Policial.

2 GARCÍA VEGA, Enrique Silvestre. *Ensayo prosopográfico: ministros, secretarios y encargados de justicia*, p. 190.

3 En: <Wikipedia.org/wiki/Combate del Callao>.

4 Biblioteca Universia.net/Compilación Vista Fiscal, 1840/5484827 (Internet).

El Presidente Manuel Pardo y Lavalle, el 27 de abril 1875, nombró al Dr. Alfredo Gastón como jefe propietario de las Secciones de Justicia y Beneficencia del Ministerio de Justicia, Instrucción, Culto y Beneficencia, habiendo ocupado el cargo interinamente por más de dos años. El mismo Presidente, nombró también al Dr. Alfredo Gastón, en marzo 1876, Agente Fiscal Interino del Crimen de Lima, hasta el 10 de septiembre 1877, en que se apartó por razones de salud⁵.

Durante la Guerra del Pacífico, el Dr. Gastón ejerció, entre 1879 y 1883, el cargo de Auditor de Guerra del Ejército, cargo que también desempeñó con posterioridad. Participó en la Batalla del Alto de la Alianza o Batalla de Tacna, el 26 de mayo 1880, en el lugar denominado Meseta del Cerro Intiorko (en quechua Alto del Sol), enfrentándose las fuerza aliadas del Perú y Bolivia, mandadas por el General boliviano Narciso Campero, a las fuerzas chilenas, al mando del General Manuel Baquedano. En esa ocasión el Dr. Gastón fue tomado prisionero y enviado a Chile por espacio de dos años⁶.

El 2 de junio 1887, en los Registros de Estado Civil del Concejo Provincial de Lima, obra la partida de matrimonio del Dr. Alfredo Gastón, hijo de don Manuel Gastón y de doña Antonia Ugalde de Gastón, de profesión abogado, quien contrae matrimonio civil con doña Edelmira Benítez y Sacio, hija de don José María Benítez y de doña Eugenia Sacio y Poleo, siendo testigo de su matrimonio civil el Dr. Luis Felipe Villarán, de 43 años, casado y abogado⁷.

El Presidente Manuel Gonzales de Candamo e Iriarte, el 12 de mayo 1893, lo nombró Ministro de Justicia, Instrucción, Culto y Beneficencia, cesando el 28 de septiembre 1893, habiendo ocupado con anterioridad el cargo de Ministro de Estado en el despacho de Gobierno.

En 1900, siendo Auditor General del Ejército, presentó, junto con el Coronel Julio Jiménez, un proyecto sobre tribunales militares. Como integrantes de la Comisión Revisora de los Códigos de Justicia Militar y de Marina, editaron el libro *Exposición y proyecto sobre tribunales militares que presentan al Supremo Gobierno*, Imprenta del Estado, Lima, 1900, 41 pp.

Posteriormente, en el Consejo de Oficiales Generales, el doctor Alfredo Gastón y Ugalde ocupó el cargo de Fiscal General, ejerciéndolo entre 1912 y 1918, en que se retiró por razones de salud, falleciendo en la ciudad de Lima el 13 de febrero 1925.

5 AGN. Archivo Republicano, Hojas de servicios de jueces, Caja 26, Ex. 332, Alfredo Gastón.

6 SESAME, Buenaventura y SESAME GARCÍA, Guillermo. *El Biografo Amercano*, tomo I, Librería e Imprenta /Moreno, 1903. Internet Archivo.

7 AGN. Registro Civil, Concejo Provincial de Lima, Matrimonios, años 1887, Partida N° 113.

El Congreso de la República, por Resolución Legislativa N° 5999 del 11 de diciembre 1928, aprobó el aumento de la pensión de montepío a su viuda, por el monto de veinticinco libras peruanas mensuales, por haber prestado servicios a la nación como Auditor General del Ejército y Fiscal General del Consejo de Oficiales Generales.

El Dr. Alfredo Gastón y Ugalde es un ejemplo de vida para los fiscales militares de hoy, pues evidenció, durante toda su vida, una conducta ejemplar, una capacidad profesional comprobada y un patriotismo intachable, por lo que hoy lo recordamos, con toda justicia, como un prohombre de Derecho, jurista, abogado de un gran prestigio en su época, con un apellido de linaje y de ascendencia letrada, de hogar ejemplar y patriota que estuvo de la mano con la heroicidad.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir el 15 de agosto del 2014 en

Forma e Imagen de Billy Víctor Odiaga Franco

RUC: 10082705355

Av. Arequipa 4558 - 4550, Miraflores

Lima - Perú

Teléfono: (511) 6170300



CONTINUIDAD INSTITUCIONAL

El Consejo Ejecutivo en pleno, en el acto de juramentación del nuevo Presidente del Fuero Militar Policial General de Brigada EP (R) Juan Pablo Ramos Espinoza, quien sucede en el cargo al General de Brigada EP (R) Hugo Manuel Pow Sang Sotelo.

Fuero Militar Policial
Av. Arenales N° 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

