

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO V - NÚMERO 8 / DICIEMBRE 2016



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

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL

General de Brigada EP (R) Juan Pablo Ramos Espinoza

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

Contralmirante CJ Julio Enrique Pacheco Gaige

DIRECTOR ACADÉMICO DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Capitán de Navío CJ Carlos Melchor Schiaffino Cherre

SUBDIRECTOR DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Comité Editorial

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo
Licenciado Floiro Tarazona Ramírez, Asesor de Prensa e Información
Técnico Supervisor Segundo AP Luis Urbina Huapaya

Diseño de portada

Licenciado Floiro Tarazona Ramírez

Fotografía

Tco1 EP Darío Castillo Román

Corrección de estilo

General PNP (R) Jorge López Zapata

Diagramación

Socorro Gamboa García

Colaboraron en esta edición

Oficial de Mar 1° AP Regina García Espejo
Doctor José Castro Eguavil
Doctora Mirella Oré Quispe
EC CAS Yasmina Santos Agapito

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

Edición diciembre 2016
Año 5 - Número 8
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-15773

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

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

Tiraje: 1000 ejemplares

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

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	
<i>Juan Pablo Ramos Espinoza</i> _____	9
NOTA DEL EDITOR	
<i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	11

Artículos

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO	
<i>Manuel Jesús Miranda Canales</i> _____	17
EL PERÚ EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS	
<i>J. Vicente Ugarte del Pino</i> _____	31
LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES Y LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN LOS CONFLICTOS ARMADOS	
<i>Julián Sánchez Esteban / Juan Salvat Puig / Secundino Vicente González</i> _____	41
EL GARANTISMO PROCESAL Y PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PENAL PARAGUAYO	
<i>Carlos Antonio López Acuña</i> _____	55
LA DEFENSA TÉCNICA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO	
<i>Edwin Duarte Delgado</i> _____	67

LA SUFICIENCIA PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL <i>Erickson Costa Carhuavilca</i> _____	83
--	----

LA ORDEN DE OPERACIONES NO ES UN ELEMENTO VINCULANTE DE LOS COMANDANTES DEL EJÉRCITO EN LAS EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES <i>Juan Esteban Aguirre Espinosa / Luis Hernando Aguinaga Quiroz</i> _____	93
---	----

LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO Y EL DERECHO DE DEFENSA <i>Gerald Campos Valverde</i> _____	123
---	-----

¿CUÁLES SON LOS LÍMITES DE LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO Y CUÁL ES EL VALOR PROBATORIO DE LAS INVESTIGACIONES QUE REALIZA? <i>Jorge Costa Carhuavilca</i> _____	143
---	-----

CRITERIOS PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR PERSONAL DE PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL <i>José Castro Eguavil</i> _____	155
--	-----

LAS TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL COMO MANIFESTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO Y LA TEORÍA DEL CASO <i>Moisés N. Paz Panduro</i> _____	165
--	-----

Biografía

DATOS BIOGRÁFICOS DEL GENERAL DE BRIGADA JOSÉ RAMÓN PIZARRO O'PHELAN <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	177
--	-----

PRESENTACIÓN

Es satisfactorio dirigirme nuevamente a ustedes, lectores de “El Jurista”, hoy que se presenta el octavo número, para decirles que hemos avanzado otro tramo en el camino que para esta publicación se ha trazado.

Dice la sentencia: “Caminante no hay camino, camino se hace al andar”. Si bien “El Jurista” viene haciendo camino al andar, debemos expresar, que al planear su publicación, vislumbramos su utilidad, dentro del contexto del quehacer de la jurisdicción militar policial en el Perú; muy particularmente, en el marco de la aplicación de un modelo procesal acusatorio, que cumple con los estándares internacionales en materia de administración de justicia.

El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar lleva adelante cursos de capacitación para los Magistrados Militares Policiales y publica esta revista; y cumple otras labores, con el propósito de facilitar a los jueces y fiscales de la jurisdicción militar policial una doctrina sobre Derecho militar; más puntualmente, sobre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal Militar Policial.

Estamos agradecidos, a todos los juristas y profesores que han colaborado con sus importantes artículos en este número, que ha incidido en temas de Derecho Procesal. Esperamos, amigo lector, le sean de utilidad y a los integrantes del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, decirles que están “siempre presentes por el Perú”.

JUAN PABLO RAMOS ESPINOZA

General de Brigada EP

Presidente del Fuero Militar Policial

NOTA DEL EDITOR

Presentamos a nuestros lectores el octavo número de “El Jurista”, y al hacerlo, sentimos satisfacción por nuestra constancia y, tal como nos propusiéramos, desde el 2014 damos a la luz dos números cada año, puntualmente.

La revista N° 7 se presentó en agosto de este año en la ciudad de Chiclayo, en el auditorium de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Institución a la que agradecemos especialmente en la persona de su Presidenta y de los señores vocales integrantes de la misma.

En este número, publicamos especialmente un artículo del Presidente del Tribunal Constitucional, Dr. Manuel Miranda Canales, a quién agradecemos su gentileza y compromiso; igualmente, incluimos en este número diversos artículos de abogados y profesores extranjeros, que nos hablan sobre el Proceso Penal Acusatorio y sus distintas instituciones. Autores costarricenses, colombianos, españoles, paraguayos y peruanos se han unido para darnos una visión del proceso en diversos países de habla hispana. Nuestra gratitud a todos ellos y en particular al Dr. Erickson Costa, que nos allanó el camino para recibir sus colaboraciones.

En la carátula de la revista, siguiendo la línea ya trazada, se muestra la imagen del General de Brigada José Ramón Pizarro

O'Phelan, quien fuera Presidente del entonces Consejo de Oficiales Generales entre, el 13 de junio de 1916 y el 08 de junio de 1917. Esta pintura al óleo se encuentra en la galería de Presidentes del Fuero Militar Policial. Se ha incluido, también, una biografía, algo extensa, del General Pizarro, sobre todo de su participación como integrante de la Justicia Militar, aspecto que ningún biógrafo cita por ser una información privilegiada que se encuentra solo en las actas de las sesiones ordinarias del Consejo de Oficiales Generales.

En la tapa posterior de la revista, se ha incluido una fotografía de la ceremonia por el bicentenario del nacimiento del Coronel Francisco Bolognesi Cervantes, nuestro héroe de la Guerra del Pacífico y Patrono del Ejército del Perú, como un pequeño gesto para resaltar su figura inmortal.

Finalmente, esperamos que este Jurista aporte al conocimiento de los jueces y fiscales de la jurisdicción militar policial y de todos, los que lo tengan en sus manos.

¡Alas y buen viento octavo Jurista!, “lucha la batalla de tu ideal.”

Teniente Coronel EP
ROOSEVELT BRAVO MAXDEO
Editor

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

CONSTITUCIONALIZACIÓN

DEL DERECHO CIVIL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

SUMARIO

I. Introducción.- II. Constitucionalización del Derecho.- III. La Constitución y el Derecho Civil.- IV. El Derecho Civil en la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución de las ciencias jurídicas puede ser medida y contrastada en el dinamismo y crecimiento de sus instituciones. Son estas las que finalmente determinan la materialización del Derecho.

El Derecho Constitucional no se encuentra exento de esta evolución, por el contrario, despliega todos sus efectos en el ordenamiento jurídico. A este proceso llamaremos “Constitucionalización del Derecho”, toda vez que los efectos de nuestra Carta constitucional se irradian en todas las ramas del Derecho. Así, el Tribunal Constitucional ha determinado, en la STC 0042-2004-AI/TC, la existencia de un *principio de constitucionalidad* y no solo de conformidad con la ley, *principio de legalidad*. Ello es así en la medida en que en nuestra Constitución están incorporados el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa (artículo 51°). La Constitución no es un mero documento político sino, también,

1 Presidente del Tribunal Constitucional del Perú, doctor en Derecho, ex consejero del Consejo Nacional de la Magistratura, ex juez de la Corte Suprema de la República.

una norma jurídica, lo cual implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la Constitución y no en la ley. El principio de fuerza normativa de la Constitución quiere decir que todos los llamados a aplicar el Derecho deben considerar a la Constitución como premisa y fundamento de sus decisiones (art. 38° y 45° de la Constitución); sin embargo, en el presente capítulo nos detendremos en el ámbito del Derecho Civil y, más concretamente, en el del Derecho de Familia.

Debemos reconocer la importancia de la transición de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, y con este nuevo modelo la acogida de un principio constitucional que se superpone al principio de legalidad, otrora eje del ordenamiento jurídico. Por ello, el presente artículo también tiene como objetivo que el lector no pierda de vista algunos conceptos claves que le permitirán tener una perspectiva más completa de la materia.

Además, considero esencial destacar cómo el Tribunal Constitucional, en su rol de máximo intérprete de la Constitución y garante de los derechos fundamentales, debido a su jurisprudencia, ha ido dilucidando los conceptos de familia y matrimonio, dotándoles de nuevos contenidos que se ajustan a las nuevas exigencias de nuestra sociedad.

En ese sentido, el objeto del presente artículo no es otro que poner en evidencia que el Derecho Constitucional, hoy por hoy, trasciende a todo el ordenamiento jurídico y lo sujeta a sus disposiciones. Esta labor de Constitucionalización es fuertemente

acentuada por el Tribunal Constitucional, que, mediante su jurisprudencia, logra complementar y fortalecer las instituciones jurídicas del Derecho Civil, específicamente del Derecho de Familia.

II. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Desde los albores del siglo XIX, el orden jurídico tuvo la Ley como eje central y esencial que condicionó el comportamiento de la sociedad de aquel entonces. En ese sentido, el Derecho establecía sus cimientos en el principio de legalidad, lo cual significaba que la Constitución, concebida como tal, no era otra cosa que una norma política, desprovista de contenido jurídico vinculante.²

Desde mediados del siglo XX, el marco de referencia y parámetro del ordenamiento deja de ser la Ley, dando paso a una nueva etapa marcada por la Constitución, la que fundamenta sus contenidos en valores y principios superiores, colocando a la persona humana como eje del sistema jurídico. Desde entonces, el concepto de Constitución ha transitado hacia una etapa en la que ya no quedan dudas sobre su carácter de norma jurídica suprema en el ordenamiento jurídico nacional.

Debemos, pues, reconocer que hoy día la Constitución ha logrado desplazar a la Ley como fuente primaria y plena del Derecho, y ha irradiado sus efectos de manera imperativa y directa sobre todos los poderes públicos y privados, sujetándolos al cumplimiento de sus mandatos. Sin embargo, como acertadamente lo recuerda

2 Landa, César. «La constitucionalización del Derecho Peruano». *Revista Derecho PUCP*. Lima, 2013, núm. 71, p. 14.

el profesor César Landa, «no se trata solo de un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que [esta transición nos] lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el rol propio del juez a la luz de nuevos contenidos cuyo vértice es la protección de la persona humana»³. Es decir, que el fenómeno de constitucionalización del Derecho no solo ha afectado al carácter de la propia norma, sino también a la forma como se hace Derecho, ya que los principios rectores que ahora lo regulan tienen su basamento en valores y principios cuya importancia radica en el respeto a los derechos fundamentales.

El término constitucionalización del Derecho surgió, por primera vez, en la reunión de la Asociación Francesa de los Constitucionalistas, en febrero de 1980, en la Facultad de Derecho de Saint-Maur, y tuvo como finalidad cambiar la concepción del Derecho, a fin de sujetarla a una regulación mucho más imperativa⁴. Por ello, se afirmó que la Constitucionalización de las distintas ramas del Derecho marcó una quiebra en el tradicional modelo de Estado de Derecho para trasladarnos a uno nuevo, el Estado Constitucional de Derecho.

Conviene destacar cuál es la diferencia entre un ordenamiento constitucionalizado y otro que no lo es. La principal distinción radica en que en el último la Constitución está limitada al ámbito de su carácter normativo y se erige, únicamente, como un

documento cuyo contenido contempla un mero catálogo de disposiciones para regular una adecuada actuación estatal; funge como un orden marco que solo es funcional cuando se vislumbra una trasgresión de sus fines que descriptivamente están determinados. En cambio, en un ordenamiento constitucionalizado se evidencia una estructura ordenada y fundamental que impone realizar determinadas acciones afirmativas y ya no solo restricciones a Estado privados.

La constitucionalización del ordenamiento no es una cualidad «todo o nada», algo que se tiene o no se tiene en absoluto, sino que se configura como un proceso que admite grados o intensidades.⁵

Al respecto, es importante destacar los atributos y las facultades que acompañan al fenómeno de la constitucionalización del Derecho. En tal sentido, encontramos la Justicia constitucional, la Constitución sustantiva, la Constitución que está impregnada en todo el ordenamiento jurídico y la rigidez constitucional del caso.

2.1 La rigidez constitucional

La Rigidez Constitucional supone que cualquier reforma de la Constitución solo será posible si se cumple algún procedimiento previamente dispuesto para su aprobación, modificación o derogación. De este modo, al definir y cualificar al poder competente para la reforma de la Constitución, frente a otros poderes constituidos, se

3 Prieto, Luis. «El constitucionalismo de los derechos». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, p. 15.

4 Favoreu, Louis. «Constitucionalización del Derecho». *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, vol. XII, agosto 2001, p. 31.

5 Guastini, Riccardo. «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano». Presentación de Miguel Carbonell. México, 2001, p. 153.

pretende garantizar la primacía constitucional. «Las constituciones rígidas y solamente ellas gozan de un régimen jurídico especial, diverso del que tienen las leyes, en el sentido de que el procedimiento de reforma de la Constitución es distinto al procedimiento de formación de las leyes».⁶

Una Constitución sin rigidez terminaría abandonando todo en manos de las mayorías. Como señala Ferreres, una Constitución rígida genera en el legislador la capacidad de producir fundadas razones para el cambio constitucional.⁷

2.2. La Justicia Constitucional (La garantía judicial de la Constitución)

La justicia constitucional instituye formas de defensa de la Constitución, por ello se ha convertido en pilar angular para garantizar el respeto y el cumplimiento de sus dispositivos. Esta situación obligó a que la Constitución se previera de mecanismos de tuición para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Hoy en día debemos reconocer que la importancia de la justicia constitucional es indiscutible, ya que gracias a esta se garantiza el verdadero equilibrio de los poderes o, como modernamente se conoce, el de las funciones atribuidas a cada uno de los componentes del Estado.

Es oportuno señalar, para un mejor entendimiento del estudio, que como

parte de estos mecanismos establecidos en la Constitución sea, tal vez, la forma más evidente en que el fenómeno se manifiesta como creciente protagonismo del Tribunal Constitucional (TC), supremo intérprete de la Constitución, que a través de sus sentencias, prevé la real significación de conceptos, derechos y principios jurídicos que repercuten desde el derecho tributario hasta los derechos humanos.⁸

Este proceso de Judicialización del Derecho, que se manifiesta en las funciones de los tribunales constitucionales, encargados de garantizar los derechos fundamentales, también se evidencia en el desarrollo del proceso de globalización internacional y regional, el cual no solo es económico sino también político y social.⁹

En ese contexto, podemos aseverar que el Tribunal Constitucional es el órgano llamado a impartir justicia constitucional, no solo porque dicha competencia se la ha otorgado directamente la Carta Magna, sino, también, porque su razón de ser es vigilar principalmente el cumplimiento de los derechos fundamentales; labor que solo será posible cuando el TC interprete los contenidos y alcances fundamentales de manera integrada, combinando las disposiciones constitucionales con los valores y principios superiores de la sociedad.

Así, podemos evidenciar que la Constitución, a través de los elementos que la conforman, tanto en el reconocimiento de

6 Guastini, Riccardo. «Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano». Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamérica, México, 2000, p. 175.

7 Ferreres, Víctor. «Una defensa de la rigidez constitucional». *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 23, año 2000, p. 39.

8 Ibid. 1, p.13.

9 Ibid. 1, p.16.

derechos como en la estructura de Estado, establece los mecanismos de protección de su normativa potencial, concretizando, de esta forma, su eficacia (procesos constitucionales) y supremacía constitucional.

De lo expuesto, podemos afirmar que tanto nuestro sistema de administración de justicia y la relación entre personas naturales y jurídicas, como las instituciones públicas inician la fundamentación de su razonamiento jurídico en la Constitución, debido a que, como lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, «no existe área del derecho que esté exenta de su control», debido, necesariamente, a que tanto el Derecho como la Constitución tienen como finalidad la tutela y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Por todo lo anterior, consideramos importante concluir con una cita de Cappelletti:¹⁰ «la Justicia Constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época».

2.3. Constitución sustantiva

En el Estado Constitucional, la Constitución se convierte en una norma con gran carga axiológica. Siguiendo a Aguiló, podemos afirmar que así como la Constitución estatuye una serie de instituciones y les otorga competencias (por ejemplo: Poder Ejecutivo, Congreso de la República, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, etc.), también prescribe una «dimensión

valorativa». Esto es, que aparte de los preceptos estrictamente normativos que tangiblemente impone, también reconoce situaciones y valores igualmente importantes, como la soberanía popular, la dignidad y seguridad de las personas, la diversidad cultural, la educación, la salud pública.¹¹ La «rematerialización» de la Constitución implica que esta no solo determina cómo debe organizarse el poder para tomar sus decisiones sino que es lo que puede o debe decidir.¹²

Si el sistema jurídico careciera de esta dimensión sustantiva y fuera exclusivamente un conjunto de órdenes respaldadas por el imperio de la Ley, no podríamos hacer uso de él para resolver los conflictos entre valores que la propia Constitución encierra.¹³ Por ello, debemos enfatizar que concebir la Constitución como una norma de contenido material –y no solo competencial– conlleva a una consecuencia práctica muy importante en el momento de efectuar el control constitucional, puesto que no solo serán constitucionalmente válidos aquellos actos emitidos por la autoridad competente y en ejercicio de sus funciones, sino que será preciso también analizar el grado de afectación de una medida en un derecho fundamental.

2.4. La Constitución impregnada en el Ordenamiento jurídico

La combinación de los dos últimos factores mencionados (materialización del

10 Cappelletti Mauro. *La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. De UNAM, Facultad de Derecho, México, 2007.

11 Aguiló, Joseph. «Sobre la Constitución del Estado constitucional». *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 24, año 2001, pp. 446-447.

12 *Ibíd.*, 2, p. 48.

13 Gascón, Marina y García, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Segunda edición, 2005.

ordenamiento y justicia constitucional) permite que la Constitución se encuentre “impregnada” a todo el ordenamiento, es decir, que sus efectos se desplieguen a todos los ámbitos de la vida social y jurídica. De este modo, los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente; por cierto, la Constitución ha abarcado más ámbitos de relevancia social y, como resultado de ello, es difícil encontrar un problema jurídico que carezca de relevancia constitucional.

En este sentido, los preceptos constitucionales ya no solo actúan como límites sino como fuerzas expansivas reconocidas en la determinación del orden jurídico, por lo que es posible hablar del «orden jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales». El contenido del orden jurídico legítimo ya no resultará explicable en términos de respeto de los límites y discrecionalidad entendida como libertad, sino en términos de una concreción de los derechos a partir de una «razonable» ponderación de bienes y principios constitucionales.

III. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO CIVIL

Una vez explicado el proceso de constitucionalización del Derecho y cuál es el rol de los Tribunales Constitucionales en el ejercicio de la justicia constitucional, conviene analizar la incidencia que la Constitución tiene sobre el llamado Derecho de los privados, en particular, el Derecho Civil.

Debemos señalar que la constitucionalización del Derecho Civil no es otra cosa que la aplicación de las normas constitucionales, cuyos efectos recaen en la relación con los particulares.

De hecho, así viene sucediendo en nuestro ordenamiento, ya que si bien es cierto que el juez está sometido a la ley –principio de legalidad–, es verdad también, que lo está, ante todo, a la Constitución –principio de constitucionalidad–. El juez realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto, en la medida en que debe considerar conjuntamente las razones de la ley y las razones de la Constitución.¹⁴

La mejor garantía del goce y ejercicio de los derechos y libertades civiles se encuentra en su reafirmación de los derechos fundamentales. De allí que la reforma del Código Civil tendrá mayor arraigo en la medida en que se edifique como un Derecho civil constitucional.¹⁵ Esto significaría que las normas de carácter legal o reglamentario deben guardar coherencia y sujeción a la Constitución no solo en su aspecto formal, sino también material, de modo que al aplicarlas a un caso particular, se evidencie una afectación a un derecho fundamental.

Así, tanto la dignidad de la persona como el libre desarrollo de su personalidad y el respeto a los derechos de los demás, imprimen su huella en la consolidación de la constitucionalización del Derecho Civil.

Como consecuencia de lo anterior, y tomando en consideración el carácter

14 Ibid., 11, p. 42.

15 Ibid., 6, p.22.

normativo de la Constitución, su incidencia en el ordenamiento civil resulta innegable y llega a alcanzar de forma más o menos intensa a sus contenidos e instituciones jurídicas. Esto significa que muchas figuras, reglas y derechos civiles tradicionales han sido constitucionalizados, imprimiendo un límite infranqueable para el legislador ordinario. En ese sentido, el Código Civil, como cuerpo normativo que guía las relaciones entre los privados, deberá interpretarse a la luz de los preceptos establecidos en la Constitución y la jurisprudencia, a fin de respetar las garantías fundamentales.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos resaltar que la reinterpretación de las normas civiles a la luz de la Constitución, ciertamente podría irrogar dificultades y excesos por parte de los operadores del Derecho, pues «un enfoque que extrema el principialismo constitucional y desliga los derechos de la ley»¹⁶ ocasiona severos conflictos para los jueces civiles, toda vez que estos, al verse más vinculados a la Constitución que a la ley, podrían –en su potestad de intérpretes– sobrepasar los límites al inaplicar irrestrictamente preceptos legales so pretexto de una propia exégesis de la Constitución, «haciendo tambalear los principios de seguridad jurídica y certeza del Derecho, que constituyen hoy los pilares esenciales de un Estado democrático de Derecho».¹⁷

Sin embargo, la situación descrita se corrige cuando el Tribunal Constitucional, en su rol de máximo intérprete de la

Constitución, otorga pautas de observancia obligatoria (sentencias y precedentes vinculantes) que sirven como norte para la actuación de los jueces ordinarios. De esta manera, cuando los operadores ordinarios apliquen el derecho correspondiente, ciertamente estarán sujetos a los parámetros constitucionales; empero, gracias a la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional, se impedirá la comisión de abusos y arbitrariedades sustentadas en las particulares interpretaciones de la Constitución.

Así pues, el Código Procesal Constitucional prevé, en el artículo VI del Título Preliminar, la siguiente pauta: «(...) Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, **conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional**» (énfasis propio).

Siguiendo la misma línea, es oportuno precisar que el Derecho Civil y sus disposiciones recogidas en el Código Civil, reciben influencia directa de la normativa constitucional y la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en dicha materia, lo que permite la adaptación de las instituciones civiles a los postulados constitucionales.

En ese contexto, algunos Tribunales del Poder Judicial, a la luz de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, han debido amoldar el sentido de sus

16 Aragón, Manuel. «El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad». En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 185-186.

17 Gutiérrez, Pilar. «La constitucionalización del Derecho Civil». *Revista Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia, año 2011, p. 76.

Resoluciones al contexto de cambio social. Ello no solo ha sucedido en los casos más polémicos y conflictivos para las relaciones entre ambos órganos, como son los de tutela de honor, intimidad y propia imagen, en donde la controversia suscitada entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema ha llegado a alcanzar tintes relativos al orden público, sino también en otros, que aunque no encontraron eco alguno en los medios de comunicación, dejan de ser trascendentales para el perfeccionamiento de la tutela que el Derecho persigue dispensar a todas las personas.¹⁸

De esta forma, el Derecho Civil se encuentra en transición, debido a que el fenómeno de la constitucionalización del Derecho adapta, modifica y dota de nuevos contenidos a las instituciones que están involucradas. En ese sentido, sus elementos deberán estar en permanente armonía con la normativa constitucional y la labor interpretativa que realizan sus órganos jurisdiccionales a través de la jurisprudencia como fuente de derecho.

Como consecuencia de lo señalado, debemos hacer hincapié en que la Constitución ha incidido de manera determinante en la rama del Derecho Civil, sobre todo en aquellas áreas que tienen como eje a la persona. Así, a manera de ilustración, desarrollaremos cuál ha sido el impacto de la jurisprudencia constitucional en el llamado Derecho de Familia, poniendo en notoria evidencia que la composición de la legislación civil actual, a través de sus reformas, ha

trazado ciertas directrices que a continuación analizaremos.

Antes de ahondar en la materia, es conveniente reseñar, como dato importante, los orígenes del Derecho de Familia y cuáles han sido sus aportes en el Derecho comparado.

La constitucionalización del Derecho de Familia tiene sus orígenes en la Constitución de Weimar de 1919, la que en su artículo 119° estableció que «El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida social familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos. [...]». Con la misma tónica, propondré algunos ejemplos en el Derecho comparado; tal es el caso de la Constitución española de 1931, que estableció en su artículo 43° que «La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos [...]»; del mismo modo, también podemos citar el ejemplo de la Constitución italiana de 1947, la que estipuló en su artículo 29° que «El matrimonio se regulará en base a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar»; y en su artículo 31° indicó que «La República estimulará, con medidas económicas y otras providencias, la formación de la familia y el cumplimiento de sus obligaciones, con particular atención en relación a las familias numerosas».¹⁹

18 Barber Cárcamo, Roncesvalles. «La Constitución y el Derecho Civil». *REDUR*, Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja, núm. 2.

19 Córdova, Álvaro. «La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Gaceta del Tribunal Constitucional*, 2008, p. 4.

En el caso peruano, el Derecho de Familia fue por primera vez regulado y conceptualizado en la Constitución de 1933, y con ella se logró garantizar, por primera vez, su protección por parte del Estado. Años más tarde, con la Constitución de 1979, el valor asignado a la familia tuvo mayor trascendencia pues se la reguló como una Institución civil y social, vinculándola de manera conexas al matrimonio.²⁰

En lo que respecta a la Constitución de 1933, esta sigue la línea planteada por la Carta anterior, aunque con algunos cambios sustanciales, como la desvinculación del matrimonio como condición *sine qua non* para la existencia de la familia. Esto supone la aceptación de nuevas formas de familia, formadas a partir de la unión de hecho o concubinato.²¹

IV. EL DERECHO CIVIL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde la instauración de la Carta Constitucional de 1933, el Tribunal Constitucional ha podido desarrollar, en contadas ocasiones, el concepto de familia. Por ejemplo, puede evidenciarse en la sentencia del Expediente N° 2868-2004-PA/TC: «José Antonio

Álvarez Rojas», el desarrollo del *ius connubii* como potestad fundamental correspondiente al ámbito del derecho al libre desarrollo de la persona. En dicha sentencia, el Tribunal disgrega los conceptos de familia y de matrimonio como elementos otrora dependientes y explicita que «más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados» (Fundamento 13). De este modo, la precitada sentencia hace referencia a los conceptos jurídicos siguientes:

Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente] (énfasis agregado), a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio (...) (fundamento 14).

20 Constitución Política del Perú de 1979, artículo 5°:

«El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley [...].»

21 Constitución Política del Perú de 1933:

«Artículo 4°: La comunidad y el Estado protegen [...] a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable».

Con el ánimo de desarrollar el presente artículo, nos detendremos en el análisis de la sentencia del Expediente N°. 9332-2006-PA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional hace una interpretación más exhaustiva sobre el artículo 4° de la Constitución.

La mencionada sentencia versa sobre una demanda de amparo interpuesta contra el Centro Naval del Perú, porque la entidad demandada no otorgó el carnet familiar a la hija del demandante, toda vez que esta tenía la condición de hijastra del demandante. Por tal razón, el Tribunal Constitucional, en tutela de los Derechos fundamentales, declaró fundada la demanda, ordenando a la entidad demandada que no debía realizar distinción alguna entre el tratamiento que recibían los hijos del demandante y el de su correspondiente hijastra.

Así, el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo estipulado en el artículo 4° de la Constitución, reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad; en virtud de ello, el Estado y la comunidad se ven obligados a prestarle especial protección; por lo que, el Tribunal tuvo que replantear los contenidos conceptuales de familia y matrimonio, a fin de que, bajo interpretaciones diversas, no se trasgredan derechos fundamentales.

Al respecto, resulta importante mencionar el tratamiento de la familia a nivel internacional, la que también recibe considerable atención porque se encuentra protegida y amparada como derecho humano; así, el *softlaw* sostiene que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho –sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión– a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de

la sociedad, por lo que «tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado» (subrayado agregado) –artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (fundamento 4).

Expuesto lo anterior, y desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, los grandes flujos migratorios del campo a la ciudad, entre otros aspectos. Todo esto ha significado una evolución de la estructura familiar tradicional, en la que están sentadas sus bases esencialmente en una estructura nuclear y bajo la dirección de un *pater familias*, hacia una figura más abierta, cuya conformación incorpora nuevos conceptos jurídicos sobre la noción de familia. Como consecuencia de ello se han generado familias con estructuras distintas, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas* (fundamento 7).

Conforme se señala en el fundamento 8 de la precitada sentencia, «no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o del divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la *familia ensamblada* puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubiniaria de una pareja en la cual uno o ambos

de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa».

Así, en el caso de autos sí se puede afirmar que existe una relación «estable, pública y de reconocimiento que determina la oponibilidad de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra» (fundamento 23). Empero, la Asociación demandada sostiene que la medida impuesta se respaldó en su normatividad interna, sustentada en sus prerrogativas de organizarse. Cabe rescatar que en ningún modo las prerrogativas otorgadas a las Asociaciones deberán atender contra otros bienes jurídicos, sobre todo si estos ostentan mayor relevancia, como la constitución de una familia.

A partir de todo ello, el Tribunal infiere que si bien el matrimonio y la familia son conceptos íntimamente relacionados el uno con el otro, son a su vez diferenciables. «No cabe por lo tanto establecer una relación de dependencia entre ambos, debe distinguirse claramente el derecho al matrimonio del derecho a fundar familia».²²

V. CONCLUSIONES

Recapitulando lo señalado a lo largo del presente artículo, podemos concluir que la constitucionalización del Derecho es un fenómeno cuyas características permiten garantizar la permanencia y eficacia de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

En esa línea, el abandono de un modelo estrictamente legalista ha facilitado que el legislador entienda el Derecho como una unidad sujeta a los parámetros establecidos

en la Constitución, ya que, solo a partir de esta, los dispositivos normativos con que cuenta cada área del Derecho cobran un sentido cabal.

Dicho esto, debemos asumir que también el Derecho Civil está inmerso en el marco de los contenidos constitucionales y su actuación se rige bajo principios de constitucionalidad recogidos en la Carta fundamental. Empero, no solo se encuentra únicamente subordinado a estos mandatos supremos, sino que también está permanentemente dotado con el contenido constitucional que la jurisprudencia, por intermedio del Tribunal Constitucional, desarrolla y que permite que el Derecho Civil pueda ir transformándose acorde al dinamismo por el que atraviesa nuestra sociedad.

El Derecho de Familia es un claro ejemplo de lo expuesto, pues su evolución en la legislación nacional no ha sido siempre la misma, sino que ha ido de la mano con el desarrollo de los derechos fundamentales. Esto ha permitido que sus alcances y preceptos lleguen a ocupar un espacio más amplio, con mayor proyección cuando hace referencia al pasado.

Así, pues, la constitucionalización de esta Institución ha permitido que se aborden nuevos aspectos, dejando de lado algunas concepciones tradicionales. Todo ello ha hecho posible ampliar su margen de protección, cuya razón de ser reposa en las nuevas necesidades sociales.

En suma, hoy por hoy, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho implica una acogida a preceptos constitucionales,

22 Ibid., 17, p. 7.

cuyo centro es el respeto de los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, el respeto de las disposiciones emanadas de la Carta constitucional deberá

ser de obligatorio acatamiento para todos los poderes públicos y para las relaciones entre los privados.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, Joseph

2001 «Sobre la Constitución del Estado constitucional». *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 24, España.

ARAGÓN, Manuel

1996 «El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*.

BARBER, Roncesvalles

«La Constitución y el Derecho Civil». *REDUR*, Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja, núm. 2. España.

CÓRDOVA, Álvaro

2008 «La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Gaceta del Tribunal Constitucional*. Lima

FAVOREU, Louis

2001 «Constitucionalización del Derecho». *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XII, agosto Chile.

FERRERES, Víctor

2000 «Una defensa de la rigidez constitucional». *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 23, año 2000, España

GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alfonso

2005 *La argumentación en el Derecho*. Palestra Editores. Segunda edición. Lima

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

1994 *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid

GARCÍA PELAYO, Manuel

2002 *Derecho Constitucional Comparado*. Fundación Manuel García-Pelayo Cuarta edición, Caracas.

GOMES CAHOTILHO, José

2003 *Teoría de la Constitución*. Dykinson, Madrid

GUASTINI, Riccardo

2001 «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano». Presentación de Miguel Carbonell. UNAM, México, 2001.

GUTIÉRREZ, Pilar

2011 «La constitucionalización del Derecho Civil». Revista *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia, año 2011, Colombia.

HELLER, Hermann

1998 *Teoría del Estado*. Alianza. Madrid.

LANDA, César

2013 «La constitucionalización del Derecho Peruano». Revista *Derecho PUCP*, 2013, núm. 71. Lima.

PRIETO, Luis

2004 «El constitucionalismo de los derechos». Revista *Española de Derecho Constitucional*, Madrid.

TAMAYO Jaramillo, Javier

2012 «La constitucionalización del derecho privado en Colombia». Revista *Justicia y Derecho*, núm. 3.

J. Vicente Ugarte del Pino¹

EL PERÚ EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS²

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada en el Palacio de Chaillot, en París, al lado del Museo del Hombre y a la sombra de la Torre Eiffel, el 10 de Diciembre de 1948, hace ya casi sesenta años y fue ella el resultado de largos debates producidos sobre todo en 1946, en que se definió el nombre según propuesta del representante de la Unión Soviética, el abogado Nikolai J. Feonov, quien había estado luchando por la inclusión de los “Principios” de la Constitución de la Unión Soviética, frente a la pretensión del Comité Jurídico Interamericano de tomar como base de la discusión el anteproyecto de la “Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre”, que era un estudio encomendado por la Conferencia de Chapultepec. La “Declaración de los Derechos Humanos” fue producto de la Comisión que la señora Roosevelt presidió. Se dijo en su momento que la influencia feminista ya estaba presente y le había cambiado sus contornos sonoros tradicionales de

- 1 El profesor Ugarte del Pino nació el 12 de junio de 1923, en el Rímac, Lima. Fue un historiador y jurista peruano de gran trayectoria; profesor de muchos colegios y universidades; particularmente, “profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos”. Decano del Colegio de Abogados de Lima en 1974 y 1975 (“Decano de la resistencia”); Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República (1987-1988); Magistrado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Falleció el 6 de octubre de 2015.
- 2 Este artículo surge de la disertación que el eminente jurista don Juan Vicente Ugarte del Pino pronunciara en el auditorium del Ministerio de Justicia, el 5 de setiembre de 2007. Fue tomado, por el Dr. José Castro Eguavil, del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), el 1 de marzo de 2010, cuando esta herramienta tecnológica publicaba, también, artículos de interés para la comunidad jurídica.

“Declaración de los Derechos del Hombre” en los debates de “Lake Succes”, localidad al sudeste de Nueva York.

Por supuesto, que el Derecho no puede ser tratado de forma aislada e independiente de su historia. Mi vocación y largo magisterio en “Historia del Derecho” me enseña, que el abogado que camina sin el apoyo del dato histórico, está siempre expuesto a tropezar con el error y afirmar como ciertas algunas falsedades.

Por ejemplo, el Profesor inglés Tuck, R., autor de libro: “Natural Rights Theories. Their Origin and Development”. Cambridge University Press. 1982, pág 2, sostiene que la “doctrina de los derechos naturales, inaugurada en el Siglo XVII por Hugo Grocio, fue la antesala de los “Derechos Humanos”.

Esta afirmación no solamente es errada, sino injusta, con sumo agravio a la cultura jurídica latina, pues quienes fuimos alumnos de Luis García Arias, en el ciclo doctoral de la Facultad de Derecho de la antigua Universidad Central de Madrid, en la calle Ancha de San Bernardo, recordamos que en sus lecciones sostenía que Hugo Van Groot, llamado Grocio, nacido en 1583, en su obra “*De Iure Belli ac Pacis*”, tenía más de cien citas tomadas de las “*Relectionis de Indis*” de Francisco de Vitoria. El filósofo y teólogo español vivió entre 1486 y 1546, y a nosotros los peruanos nos interesa mucho su obra, por cuanto en su tratado Vitoria afirma que sus informaciones sobre el trato de los indios le fueron proporcionadas por las cartas del Padre Arcos, otro dominico, desde el Perú. Así pues, nuestra patria se encuentra vinculada desde sus más remotos orígenes a los Derechos del Hombre, hoy Derechos Humanos, ya que Vitoria no considera al derecho solamente como la cosa justa, sino como una relación que obliga al

hombre con las cosas y con los demás hombres.

Igualmente, debemos tener en cuenta que en la disputa entre portugueses y castellanos a raíz del descubrimiento del Nuevo Mundo por Cristóbal Colón en 1492, el Papa Alejandro VI emitió la Bula “*Interce-tera*” de 1493, la segunda de este Título, que es el título básico para los Derechos Castellanos al nuevo mundo, ya que por nuevo se tuvo al descubierto por Colón y base del “*Patronato Indiano*”, que le permitió a Isabel La Católica, al enterarse que los primeros indígenas de las Antillas llevados en testimonio del Descubrimiento de Tierra al otro lado del Mar Tenebroso, habían sido vendidos como esclavos a unos agricultores de la Baja Andalucía, ella procedió a declarar que los habitantes del otro lado del Atlántico eran “*Vasallos de Castilla*”, y por tanto no podían ser esclavizados y ordenó que ellos podían escoger libremente de permanecer en Castilla o volver a su lugar de origen a costa de los que los trajeron. Esa Pragmática de Isabel La Católica viene en realidad a constituir el primer documento en defensa de los “*Derechos Humanos*”. Es interesante ver el Codicilo de su Testamento, cuando agonizaba en noviembre de 1504. LEWIS HANKE, en “*La lucha española por la Justicia en la Conquista de América*”, Editada por Aguilar en Madrid en 1959, trae muchos de estos temas.

En los pródromos de los Derechos Humanos, tampoco puedo dejar de citar el Sermón del fraile dominico D. Antonio de Montesinos, -*siempre hay un Montesinos en la historia*-, quién predicó un Sermón revolucionario, un domingo antes de la Navidad de 1511 en una rústica Iglesia de la Isla “*Quisqueya*”, llamada por Colón, “*La Española*”, -*hoy Santo Domingo*-, comentando el texto bíblico: “*Soy una voz que clama en*

el desierto”, Montesinos dice Lewis Hanke, pronunció la primera importante y deliberada protesta pública contra el trato que daban a los indios sus compatriotas. Este primer grito “*fue en nombre de la libertad humana en el Nuevo Mundo y constituyó una pieza importante en el viraje decisivo de la historia de América*”, y lo considera el primer expositor en la historia de la humanidad de estos derechos, y según Pedro Henríquez Ureña, uno de los mayores acontecimientos primigenios de estos derechos. Ver (2) “*Literary Currents in Hispanic America*”. Cambridge, 1945.

Larga es la lista de los documentos en la Historia de los Derechos Humanos en el Perú y América, pues luego vendrían igualmente basados en las Ordenanzas de Isabel La Católica, ejecutadas durante la Regencia del Cardenal Ximénez de Cisneros, Arzobispo de Toledo (1495-1517), la orden de que los religiosos se convirtieran en el “*Muro Protector*” de los Indígenas del Nuevo Mundo, y durante el reinado de Carlos V en 1528, mediante la Ley XVIII, incluida en el Título IX del Libro VI, de la Recopilación de Leyes de Indias, se prohíbe la servidumbre indígena, se dispone la obligación del descanso semanal los sábados, que no es inglés sino Indiana, el pago de jornal los días domingos después de la Misa Mayor, para el mejor control de la obligación de asistir a la “*Misión*” previo al pago, y la jornada laboral de ocho horas, reservándose el sábado para el viaje a la doctrina o “*Pago*”; (Tit. VIII, del Libro VI y Ley 1a, del Tit. VII, del Libro VI de las Leyes de Indias). Como vemos la conquista de las 8 horas fue “*Indiana*” y precedente de las jornadas de principio del siglo XX, para reconquistarlas ignorando que ya habían regido siglos antes.

Creo igualmente interesante recordar que en su “*Indiarum Jure*”, traducida como

“*Política Indiana*”, y en su versión original: “*Disputationes de Indiarum Iure: sive, de iusta Indiarum Occidentalium, inquisitione, acquisitione et retentione*”, publicada en Madrid en 1648, escrita por Juan de Solórzano y Pereyra, Oidor de la Real Audiencia de Lima, en la que sostiene la necesidad de regular la institución del “*Protector de Indios*”, asimilándola a la figura del “*Protector Plebis*” del Derecho Romano, creado por el Emperador Valentiniano en el 368 de la era cristiana por una Constitución Imperial regulando esta figura.

El Defensor de Indios no es sino una versión más perfecta de lo que hoy es el actual “*Defensor del Pueblo*”, de manera que nuevamente es el Perú, el País donde se origina una figura del Derecho político contemporáneo que la mayoría supone inspirada en el “*Ombusman*” nórdico.

La Seguridad Social Agraria, concebida en la “*Caja de Censos Indígena*”, verdadera Caja de Seguridad no sólo para salvar calamidades como malas cosechas, pestes y enfermedades, sino a los huérfanos de catástrofes ocurridas. Esta Caja llegó a acumular inmensa riqueza por cuanto todas las tierras agrarias de las comunidades indígenas ocupadas por los españoles, pagaban un canon anual o censo que se guardaba bajo severas penas en esa Caja para beneficio de todas las comunidades. Ella fue suprimida por el Libertador Simón Bolívar y las Haciendas bajo censo repartidas, como pago por los gastos de la Independencia. Al Libertador Bernardo O’Higgins, le entregó la Hacienda Montalván en Cañete. Actos como ese produjeron la sublevación de los indios Iquichanos en Huanta, Ayacucho y Huancavelica.

Igualmente, el Juicio de Residencia Indiano, descrito por la Ley 1era del Título Segundo del Libro V, de la Recopilación de

Leyes de Indias, vigente desde los tiempos del Pacificador La Gasca en 1542, fue suprimido por la Independencia pero llegó a inspirar el “*Impeachment*” norteamericano, por intermedio del cual la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de Norte América, por mayoría de votos, puede someter a un procedimiento de destitución al Presidente de los Estados Unidos, ante el Senado Norteamericano. En el Juicio de Residencia Indiano, no sólo se podía acusar al Virrey. El caso más sonado fue el del Virrey Toledo, legislador de las famosas Ordenanzas de Minería, que estatizó por primera vez la minería, al declarar que las Minas eran de la “*Corona*” y, no del explotador de la misma, quien debía someterse a las Leyes de Indias con todas sus consecuencias y pagar un “*canon*” como el agrario. Sin embargo, fue acusado y condenado, destituido y privado de sus títulos de nobleza, que reclamó más adelante “*Túpac Amaru II*”. Este juicio era aplicable a cualquier funcionario público cualquiera que fuera su nivel, incluso por violar el “*Secreto de la Correspondencia*” contemplado en el Título XVI, del Libro III, Leyes VI y VII, dadas la primera en Madrid en 1541 y la segunda, en Burgos, en 1592, condenando a penas de galeras a quién abriera cartas y pliegos procedentes de Indias. Todas las carabelas y navíos llevaban remeros para los casos de calma en los vientos al cruzar el Caribe, que algunas veces duraban varios días y no había manera de conservar ni los alimentos y el agua, en esa época.

Luego de esta visión histórica de los Derechos Humanos no sólo en la Historia del Perú, sino en la de toda la América española, quiero señalar la necesidad de haber distraído vuestro tiempo en ello, por cuanto en el fundamento histórico de los Derechos Humanos, en la cultura jurídica

anglo-sajona, se desconoce el valioso e importante aporte del pensamiento latino en su versión castellana y con residencia y origen del autor en el Perú. Por ejemplo, en el Derecho político español y en el anglosajón, no se recuerda ninguna de las disposiciones del Derecho Indiano por cuanto no rigió en España ni en Europa, y por tanto no es parte de su Historia. En cambio, sí recuerdan en el camino hacia los “*Derechos Humanos*” los acontecimientos ocurridos en el mundo anglosajón, según las alternativas que ofrece la historia y la cultura europea y norteamericana, pero no la nuestra. Las etapas que normalmente señalan son la “*Carta Magna*” de 1225, la “*English Petition of Rights*” de 1627, El Habeas Corpus Act de 1679, la “*Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América*” de 1776, la “*Constitución de los Estados Unidos*” de 1787, “*The American Bill of Rights*” de 1791, la “*Declaración des droits de l’homme et du citoyen*” de 1789, y ya en el Siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial en 1919 y con la creación de los primeros organismos internacionales como la Sociedad de Naciones, igualmente conocida como la “*Liga de las Naciones*”, y la Organización Internacional del Trabajo, se da un gran avance hacia la universalidad de declaraciones, que al final de la Segunda Guerra Mundial en 1945 y al influjo del feminismo, como señalamos al iniciar esta exposición, se reemplazó la frase “*Derechos del Hombre*” por la de “*Derechos Humanos*” en 1946, para englobar a la mujer que incluso carecía del derecho de sufragio en la mayoría de las democracias mundiales. Pero esta “*Declaración*” de carácter universal fue rápidamente utilizada por el pensamiento político de izquierda para lograr imponer su influjo desde la aprobación en 1966, de los Pactos para los “*Derechos Económicos, Sociales y Culturales*” y “*Para los Derechos Civiles y Políticos*”,

de los cuales se derivaron los de carácter regional como la “Convención Americana” de 1969. La Convención Europea de 1950 se revisó el 28 de setiembre del 2000, pero la de la Organización de Estados Americanos, de 1969, se mantiene sin cambios ni reajustes (Ver: Waldron, J.: “*Nonsense upon Stilts, Bentham Burke and Marx on the Rights of Man*”; Methuen, Londres 1987; y Francisco Viola: “*De la naturaleza a los Derechos. Los lugares de la ética contemporánea*”; Granada 1998).

Toda esta presión en el pensamiento incluso teológico y científico no ha terminado y en su momento hizo exclamar al gran teólogo y filósofo chileno Oswaldo Lira, en su libro “*Los derechos humanos. Mito y realidad*”, que solo tenían como pretensión “*d’épater le bourgeois*”, y en su larga trayectoria se sostiene incluso que se ha llegado a la perversión del derecho y al triunfo de la “*Cultura de la Muerte*”, rompiendo la clásica fórmula del “*Juramento Hipocrático*” con la legalización del Aborto, la eutanasia y el homosexualismo que tampoco genera vida, como en un retorno a los tiempos del Marqués de Sade, y ya en Europa, hay países que están sintiendo la fuerte baja en las cifras de natalidad. Hay que dilucidar, por tanto, la aptitud de los derechos humanos como referente moral de una sociedad multicultural.

Antes de ingresar a nuestra “*Declaración Americana de Derechos Humanos*”, quiero recordar que Anna Leonor Roosevelt, viuda del ex-Presidente de los Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, fue una gran política y líder del Partido Demócrata de los Estados Unidos, lo que le ganó un gran prestigio internacional, motivo por el cual fue elegida Presidente de la Comisión de Derechos Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), luego

Derechos Humanos (1947-1951), y como delegada a la Asamblea General de dicho organismo desplegó gran influencia a favor del feminismo, movimiento del que era ardorosa partidaria, así como antisegregacionista y Pacifista impenitente. Ella ha dejado en defensa de sus ideas varias obras entre las que se destacan: “*Mis días*” publicada en 1938, “*Lo que yo recuerdo*”, editada en 1949, y su obra fundamental: “*Autobiografía de Eleanor Roosevelt*”, publicada en 1961, un año antes de su muerte. Eleanor Roosevelt, era sobrina de Theodore Roosevelt el del “*Big Stick*” (gran garrote) como fue conocido su mensaje al Congreso Norteamericano, tras ser reelegido presidente en diciembre de 1904 y llamado igualmente: “*Corolario*” y en el que se reservaba el derecho a mantener el orden en el hemisferio occidental.

Fue un legado de ella a la Carta de las Naciones Unidas la transformación de los proclamados “*Derechos del Hombre*”, de la Revolución francesa en “*Derechos Humanos*” más completa y como testimonio de la inclusión de la mujer en los derechos políticos, habida cuenta que en casi todos los países se encontraba sin el derecho al voto. No es pues cierto que la frase: “*Derechos Humanos*” sean un derivado del Tribunal de Núremberg, que acuñó los llamados: “*Delitos de lesa Humanidad*”, derivados de la antigua tipificación “*Delitos de Lesa-Majestad*”; “*Ofensa al Rey*”, en efecto el artículo sétimo del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, aborda y expresa exclusivamente el tema de los crímenes de Lesa Humanidad, inspirados en el Tribunal de Núremberg, definiendo y conceptualizando que cosa son en esencia los “*Crímenes de Lesa Humanidad*”, señalándose lo siguiente: “*A los efectos de este Estatuto se entenderá por “Crimen de Lesa Humanidad”*

cualquiera de los actos siguientes cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o SISTEMÁTICO contra una POBLACIÓN CIVIL y con conocimiento de dicho ataque". Y en largo apartado señala: Exterminio, el crimen de apartheid, deportación o traslado forzado de la población, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, esclavitud y otros reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional. Como vemos, no se pueden calificar como tales, la develación de motivos armados de presos comunes.

Siguiendo este camino llegamos a la "Convención Americana de Derechos Humanos", aprobada y suscrita el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada de San José de Costa Rica.

En Europa han revisado varias veces la "Convención" europea, por casos como la persecución de musulmanes en Yugoslavia, luego de cuatro décadas de fructuosa experiencia judicial.

La experiencia del Tribunal de Luxemburgo en Europa tampoco fue fácil, según Federico Mancini -*que fue Magistrado de dicho Tribunal*-, quién escribió para la "Memoria" que presenté al terminar mi periodo en el Tribunal Andino, lo siguiente: "El ordenamiento jurídico comunitario constituye una novedad que ha marcado una nueva era en la historia de las relaciones entre los pueblos de Europa. Existe una palabra clave, llena de resonancias políticas, pero que a la larga no le falta un contenido jurídico, y que define muy bien esta novedad: "La Integración". Los Estados miembros de la Comunidad Europea están integrados en un sistema sui generis, distinto tanto de los modelos de organización conocidos en el

Derecho Internacional como de los regímenes federales en el sentido tradicional del término. Efectivamente los Estados han transferido a la Comunidad Europea solo algunas y específicas competencias especializadas reservándose algunas como las Relaciones Exteriores, la Fuerza Armada, la Moneda (en esa época) hoy existe el "Euro", que las conservaron como muy importantes aun cuando coordinaron sus poderes en el marco de una colaboración cada vez más estrecha e institucionalizada".

Y en su mensaje, reiteró "que en un sistema integrado como la "Comunidad Europea", se exija unas normas jurídicas muy claras y precisas y que necesiten igualmente de un Juez capacitado que sancione su cumplimiento".

En cambio en nuestra América, no obstante que ya casi llegamos al cincuentenario de la creación de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", de 22 de noviembre de 1969, no la hemos revisado ni actualizado, no obstante la larga experiencia, los vacíos y contrasentidos que se han experimentado.

Evidentemente, si bien es cierto que la "Convención Americana" de 1969 es el primer "ius comune" de las Américas, se diferencia del Derecho Comunitario Andino, y del Europeo de Luxemburgo, en el objeto y propósito de sus fines, ya que no se trata de establecer zonas de libre comercio, mercados libres ni de tarifas aduaneras, sino que al margen de la dimensión tautológica del lenguaje utilizado en la expresión "derechos humanos", como hemos visto, su finalidad fue feminista y trató de defender los valores políticos y derechos fundamentales por igual del Hombre como de la Mujer, o del Ciudadano como decía en su origen la Declaración francesa.

Como decía –*al margen de esta aclaración*–, sí hay graves fallas en su estructura, que con la experiencia de tan largos años creemos que ya es tiempo de señalar, máxime si nos encontramos nada más ni nada menos que en el ágora de la Ley en el Perú, como lo es ésta tribuna del Ministerio de Justicia.

El modelo original que se siguió en Costa Rica en 1969, fue el europeo, que inicialmente aparece en los años cincuenta del pasado siglo XX, y que luego del núcleo inicial que crea la Comunidad del Carbón y el Acero, se pasa a la Comunidad Económica Europea y a la Declaración Europea sobre Derechos Humanos, y en todos esos documentos, se crea la Comisión integrada por los Ministros de Industria dada la finalidad Económica original, luego en posteriores Congresos se van perfeccionando las instituciones hasta llegar a la “Unión” actual en el que ya no se insiste en el marbete institucional en subrayar el tema económico.

En los Tratados de Integración Económica normalmente la Comisión la conforman los Ministros de Industria y Comercio de los países signatarios, dada la finalidad de los mismos y por cuanto es la Comisión del Acuerdo respectivo la encargada de redactar y aprobar las llamadas “Decisiones”, que son las Leyes de los procesos de Integración y cuya aplicación e interpretación en caso de conflicto, debe revisar y solucionar el Tribunal Comunitario respectivo mediante sus fallos “Pre-Judiciales”.

Muy distinto es el caso de los Tratados sobre Derechos Humanos en que los países, al aprobar las llamadas “Convenciones”, han adoptado el sistema de integrar la Comisión con personas iletradas, que pueden ser desde ingenieros, a carpinteros, albañiles o plomeros, pero no abogados, siendo sus

funciones tan delicadas como las de la Corte Interamericana, para la que sí se exige ser abogado.

En la Comunidad Europea la legislación comunitaria ha pasado luego de reformas al Parlamento Europeo y la Comisión y no como en el caso de la Convención Americana que no se ha revisado. En la actual Convención Americana que nos rige, en el Capítulo VII sobre “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Sección I, Organización, Artículo 34, dice: “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos”.

Como ustedes pueden comprobar, nada dice sobre la exigencia de ser letrados, ni la exigencia de ser juristas reconocidos, magistrados o simples hombres de Derecho; no obstante, que las tareas fundamentales de la “Comisión”, establecidas en los artículos del 35 al 51, son primero equivalentes a la de los “jueces de primera instancia o de instrucción” (Art. 44), pues, pueden recibir denuncias, a las que luego de estudiarlas pueden declararlas inadmisibles, improcedentes o admitirlas (Art. 47). En este caso, se transforma en “Fiscal” y elabora una investigación para finalmente formular una “requisitoria” y presentar la “denuncia” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51).

Algunos tratadistas de Derecho sostienen que este desajuste se debe a la influencia cada vez más creciente de la Cultura Jurídica anglosajona, en la que a través del juzgamiento por Jurados, la justicia es impartida por carniceros de Brooklyn, amas de casa y ciudadanos legos en Derecho. En tanto que en la cultura jurídica latina, no se

admiten que ni la vida humana ni los valores materiales se jueguen en las manos de gente de buen corazón en el mejor de los casos, pero expuestos al encantamiento de brillantes oradores jurídicos.

Don Pedro Ugarteche y Tisón, antiguo profesor de San Marcos, y fundador de la Academia Diplomática del Perú, nos aconsejaba en su *“Historia Internacional y Diplomática”*, que le diéramos a estos temas la importancia que tenían, por cuanto los tratadistas de Derecho Internacional, no tenían marcada disposición al desarrollo doctrinal de estos temas, ni al del negocio jurídico unilateral, tema que sin embargo es sumamente importante, ya que como la experiencia nos ha demostrado, buena parte de los actos con significado y alcance jurídico de la vida internacional son actos de orientación e intencionalidad unilateral y no consensuales.

No solo es la cláusula facultativa u opcional, en la diversidad de actos unilaterales de los Estados, los más importantes. Ellos se manifiestan en los *“reconocimientos, renuncias, abstenciones, reservas, actos expresos, los tácitos, e igualmente en el principio de la territorialidad de las leyes frente a otros Estados y en el caso de delimitación de fronteras, como la nuestra de delimitación de frontera marítima y al problema del mar libre y que es estatal en su origen y regulados por la declaración nuestra de las 200 millas, en defensa de la riqueza minera de los fondos marinos y la pesquera del mar que las cubre”*.

Este tema de interés nacional, se ve respaldado por los casos más sonados dentro de la vigencia del actual *“Tribunal Internacional de Justicia de las Naciones Unidas”*, cuando Francia fue acusada por sus ensayos nucleares en el Atolón de Mururoa, en el Pacífico Sur, frente a Mala (Perú), en 1974, y el otro fue el de las *“Acciones militares”* y *“Para*

militares”, en Nicaragua, casos en los que la Corte Internacional de Justicia demostró que su *“jurisdicción”* no es *“Convencionalmente Compulsiva”* y que la obligación de los Estados de someterse a la Corte, no deviene del acuerdo de los Estados parte en su Estatuto, sino de la *“Voluntad”*, que depende de la absoluta voluntad o discrecionalidad de cada Estado parte para someterse a esa jurisdicción.

Debo recordar aquí, que en el ámbito de la ONU, el derecho de retiro de la organización tampoco está expresamente contemplado en la Carta, pero ese derecho fue reconocido en circunstancias especiales por la Conferencia de San Francisco como en la práctica por la Organización. Por tal motivo, es importante recordar la experiencia registrada tanto en la Corte Internacional de Justicia como en su antecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional, ante la cual en la numerosa lista aparecen los casos de Uruguay en 1924, El Salvador en 1922, Nicaragua en 1927, Panamá en 1929, Colombia en 1932, República Dominicana en 1933 y Paraguay en 1938, caso que fue muy discutido por cuanto este país se retiró igualmente de la Sociedad de Naciones o Liga, lo cual se consideró un acto erróneo, por cuanto no era necesario salirse del sistema para desvincularse de la Jurisdicción del Tribunal o Corte Permanente de Justicia Internacional.

Fue en esa etapa de la historia internacional reciente, donde quedó claramente establecido que la causa principal de la extinción de una obligación nacida de un acto unilateral de un Estado, es precisamente la declaración contraria. Esta es una regla vigente hasta ahora en los actos unilaterales de los Estados, ya que estos tienen la capacidad de modificar o revocar soberanamente sus actos unilaterales en cualquier momento,

sin necesidad de formular reservas de esa capacidad, como quedó demostrado en el caso de las acciones militares y para militares en Nicaragua (Caso Nicaragua-Estados Unidos) Ref. ICJ-Report, 1984.

Así quedó demostrado que Tratado y Acto Unilateral son instituciones autónomas del Derecho Internacional y por tanto poseen una naturaleza distinta ya que uno es convencional e implica acuerdo de voluntades de los Estados para establecer normas que rijan sus conductas y el otro es un acto voluntario que no depende del acuerdo con otros sino que es una manifestación autónoma y soberana de aceptar o no algo.

Los Actos Unilaterales de los Estados, se llaman típicamente: “*Cláusula Facultativa*”, y que en los países europeos se respeta su origen del latín “*Facultas*” y etimológicamente se dice en francés “*Faculté*”, en inglés “*faculti*”, en alemán “*Fähigkeit*” y también: “*Befugnis*” o “*Fakultad*”, según la región de Alemania y en italiano “*Facoltà*” y en portugués: “*Faculdade*” pero lo importante es que en todos estos idiomas de la “*Unión Europea*”, significa lo mismo: “*Poder*”, “*Derecho*” para hacer alguna cosa, judicialmente tener capacidad para otorgar un permiso o reconocer una competencia. Por esa razón sostenemos que es un acto que nace de la voluntad soberana de los Estados, y que no puede ni debe ser materia de aprobación de otros sujetos con personería jurídica internacional.

Justamente, en todos los Tratados en los cuales se ha creado a lo largo de la historia Tribunales Internacionales, su competencia, como hemos señalado, es facultativa y precisamente la Convención Americana sobre “*Derechos Humanos*”, aprobada y suscrita el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada que se celebró como

hemos señalado en San José de Costa Rica, en su Artículo 62, en sus tres acápites establece que “*Todo Estado puede*” (Inciso 1), “*La declaración puede ser hecha...*” (Inciso 2). “*La Corte tiene competencia para conocer en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sean sometidos, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia...*” (Inciso 3). Como comprobamos, la terminología es potencial y no imperativa e indica que los Estados se encuentran frente a la opción de aceptar o no la competencia de la Corte.

En apoyo de nuestra opinión al respecto, tengo una lista muy larga de tratadistas que coinciden con esta opinión, pero me basta afirmar que Eduardo Jiménez de Aréchaga, que tuvo una larga experiencia en estos temas y fue integrante del “*Curatorium*” de la Academia de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y de la “*Corte Internacional de Justicia*”, así como participante de la Conferencia de Viena sobre la “*Convención de Derecho de los Tratados*”, efectuó el estudio más completo sobre todos los aspectos de la “*Cláusula Facultativa*”, expresando que las declaraciones unilaterales de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte están “*sujetas a retiro mediante una simple notificación*” (Ver: Jiménez de Aréchaga, Eduardo: En “*International Law in the Past Third of a Century*”. Curso dictado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1979. E igualmente en el texto: “*El Derecho Internacional Contemporáneo*” Editado por “*Tecnos*” de Madrid. 1980.

Quiero terminar esta exposición reiterando que nuestra patria el Perú, fue a lo largo del siglo XIX, el país que más convocatorias formuló a los países de nuestra América, para la celebración de diversos

Congresos Americanos, dadas las amenazas a nuestra independencia y nuestra soberanía territorial, amenazas provenientes de las grandes potencias a través de sus Escuadras, que permanentemente circulaban por nuestras costas y bloqueaban nuestros puertos. Durante el gobierno de Ramón Castilla, se convocó el más importante de ellos ante la invasión de Walker a Nicaragua. Igualmente, en 1879 se encontraba reunido en Lima un Congreso Americano por la Paz en el Hemisferio, ante el que se presentó el Presidente de la Cámara de Diputados de Buenos Aires, el Dr. Roque Sáenz Peña, como voluntario para defender la justicia de la causa peruana ante la

negativa del Presidente del Senado Argentino, Domingo Faustino Sarmiento, de aprobar la adhesión al Perú en esa guerra.

En el Siglo XX, en 1938, se reunió en Lima la Asamblea Panamericana que aprobó la creación de la Unión Panamericana, hoy OEA. Por todas esas razones creemos que antes de los cincuenta años de la actual “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, debemos rescatar el papel del hombre de letras, del Abogado en la “Comisión”, y estudiarse la posibilidad de iniciar las respectivas consultas con los demás países para su realización en Lima de una Asamblea en ese sentido.

Julián Sánchez Esteban¹

Juan Salvat Puig²

Secundino Vicente González³

LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES Y LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

1. INTRODUCCIÓN

Si hay algo que destaca en los conflictos armados es el horror que combatientes y afectados están obligados a soportar. En una guerra el sufrimiento es tan habitual que termina por colarse en las vidas de todos los que se ven inmersos en ella, de ahí seguramente el convencimiento popular de que la guerra es la negación del Derecho. Pero esta errónea concepción, que sin duda anida en las comunidades, no puede llevarnos a la

1 Doctor por La Universidad de Salamanca, Licenciado en Derecho y Diplomado de la Escuela de Práctica Jurídica por la misma Universidad, en la que obtuvo el premio extraordinario.

Abogado en ejercicio especializado en temas de Derecho Militar, ha sido Suboficial del Ejército de Tierra español, con especialidad TEDAX.

Es igualmente profesor y secretario de la cátedra extraordinaria “Almirante Martín Granizo” de la Universidad de Salamanca, en la que imparte docencia en materias de Seguridad y Defensa y Derecho Militar. Autor de diversas publicaciones relacionadas con la Seguridad y Defensa, su línea de investigación es el Derecho Internacional Humanitario y particularmente el estatuto jurídico de heridos, enfermos y personal sanitario en los conflictos armados.

2 Doctor en Medicina por la Universidad de Salamanca, Médico especialista en Medicina Legal y Forense y Médico Forense numerario de la Administración de Justicia ejerciendo en la actualidad como Subdirector en Salamanca del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Palencia, Salamanca y Valladolid.

Profesor del Área de Medicina Legal de la Universidad de Salamanca, impartiendo docencia en los Grados en Medicina, Odontología y Criminología. Asimismo imparte docencia en la Escuela Nacional de Policía de Ávila desde 1993 y ha sido Director de varias tesis Doctorales relacionadas con la Ética Médica y la Medicina Legal

Académico Correspondiente de la Real Academia de Medicina de Salamanca, es también Presidente de la Comisión de Deontología del Colegio Oficial de Médicos de Salamanca. Autor de diversas publicaciones en el ámbito de la Medicina Legal

conclusión de que en estos conflictos todo sirve. Ni ello es así en la conducción de las hostilidades, ni puede serlo en la atención a las víctimas o en la actuación de los profesionales de la salud. Son estos últimos los que están más cerca de sus primeras consecuencias, al tener que minorar *in situ* las consecuencias más graves del desastre, las relacionadas de forma directa e inmediata con la destrucción de la vida humana. Si en su trabajo diario están acostumbrados a lidiar con el dolor, en una guerra además tienen que desenvolverse en medio del horror y, normalmente, en un entorno técnico y terapéutico extremadamente más difícil del que se da en situaciones de paz.

Así las cosas, no hay duda que el personal sanitario es el grupo más vulnerable de cualquier conflicto, de un lado por su suprema y absoluta obligación de estar al lado del que sufre, asistiéndolo, procurando su bienestar y cuidando que en todo momento, aún en las condiciones más extremas, sea respetada su dignidad; y de otro, por su dependencia jerárquica de quienes dirigen las operaciones, que a fin de cuentas son los que tienen la obligación de poner a su disposición los medios para paliar el sufrimiento extremo que toda guerra conlleva.

Por otra parte y pese a que en la actualidad se dé una impresión contraria, el soldado sigue siendo la primera víctima de todo conflicto armado y el primer destinatario de la asistencia sanitaria. Pese a

los modernos equipos, los soldados siguen siendo heridos en el campo de batalla y por ende, continúan siendo los sujetos pasivos de una asistencia primaria urgente, que aunque cada vez es más sofisticada y rápida, sigue siendo imprescindible para paliar su sufrimiento. La guerra convencional actual puede efectivamente haber sorteado aquellos episodios tan angustiosos del pasado, en los que había muchos heridos y pocos medicamentos, cantidades ingentes de pacientes y escasísimos facultativos para tratarlos siquiera con un mínimo de dignidad. Pero eso no quiere decir que el dolor no exista, que se haya terminado. Las víctimas siguen necesitando de atención sanitaria rápida y eficaz y, sobre todo, siguen precisando que se preserven sus derechos para que nadie tenga la tentación de deshacerse de ellos.

Así de duro, así de cruel. Porque si el Derecho tiene que dar respuestas a situaciones extremas, más debe hacerlo en las guerras, en las que la tentación de no respetar la vida humana y la dignidad de la persona, es continua. Y para ello no hace falta más que volver los ojos a las últimas confrontaciones armadas. Casos como el de Kobani, en el que se ha procedido a decapitar prisioneros de guerra en presencia incluso de niños, o como el de Aleppo, en que no se ha respetado la tregua para poner a salvo heridos, enfermos o ancianos, o donde recientemente se ha atacado y destruido un hospital en funcionamiento, ponen de manifiesto la

3 Doctor en Ciencias Químicas por la Universidad de Salamanca y Especialista en Antropología y Biología Forense por la Universidad Complutense de Madrid.

Profesor del Área de Medicina Legal de la Universidad de Salamanca desde 1982 imparte docencia en los Grados de Medicina, Odontología y Criminología. Asimismo imparte docencia en la Escuela Nacional de Policía de Ávila desde 1993. Autor de diversas publicaciones en el ámbito de la Medicina Legal y Toxicología forense, ha sido Director de varias tesis Doctorales relacionadas con la Ética Médica y la Medicina Legal.

necesidad de respetar los tratados internacionales, imponiendo a los contendientes su cumplimiento.

En los últimos tiempos los estudios, publicaciones, investigaciones, análisis y prospectivas, están dando la impresión de que los actores del derecho humanitario son, casi en exclusiva, las organizaciones de socorro y los civiles que se ven inmersos en el conflicto, cuando la realidad es que los primeros destinatarios de la asistencia sanitaria en campaña son los propios militares y que los primeros que la prestan son las unidades que se ven inmersas en la contienda. Desde este planteamiento, toda la problemática asistencial se plantea, en primer lugar, en el campo de batalla y debe ser resuelta sobre el terreno por los militares. De ahí que los sanitarios uniformados estén obligados a aplicar en todo momento la normativa relativa a la asistencia sanitaria en conflictos armados, que, en definitiva, está regulando un acto médico y por ello se incardina en el ámbito médico legal.

El Derecho Internacional, que ha dado respuestas claras para intentar minimizar los horrores de la guerra en todos los campos, también ha establecido los mecanismos necesarios para que los damnificados de las acciones violentas reciban asistencia sanitaria en condiciones suficientes, iguales y, sobre todo, dignas. Y es que lo que olvida la Épica necesariamente tiene que recordarlo la Ciencia, pues solo así podremos estar seguros de que, incluso en tiempos de guerra, la Sanidad estará al lado de quienes la necesitan, aún sin poder demandarla.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La protección de los combatientes heridos y enfermos data de tiempos inmemoriales. Existen datos que demuestran que ya en la Prehistoria hubo una incipiente asistencia sanitaria a los combatientes. Y aunque hasta la civilización egipcia no se documenta la incorporación de médicos a los ejércitos, fueron los romanos los primeros organizadores de la sanidad militar profesional. Sus legiones mantenían una incipiente asistencia permanente con médicos, cirujanos e instalaciones para el cuidado de los heridos y enfermos⁴. Los ejércitos árabes también tuvieron especial preocupación por la atención médica a sus tropas, siendo los primeros en dictar normas para atender a los heridos y enfermos en campaña, y en utilizar lo que hoy llamamos unidades móviles o dispensarios ambulantes⁵.

Durante la Edad Media la sanidad militar era muy rudimentaria. Las tropas ya no eran profesionales sino que se nutrían de mesnadas que el señor feudal reclutaba para cada guerra. Y como entre la recluta no podía incluirse ni médicos ni cirujanos, la atención sanitaria se realizaba por los “cuadrilleros”, que a la vez que atendían los aspectos sanitarios, cuidaban del botín y se encargaban de su reparto. Pese a lo anterior, no dejaron de producirse actuaciones positivas. En un texto del año 1108 se dice: “acogieron con bondad a varios musulmanes que les pidieron refugio, hicieron que les vendaran las heridas, dieron ropa a los hombres que carecían de ella y después enviaron a todos a su país”⁶.

4 MONSERRAT, Salvador: *La Medicina militar a través de los siglos*. Servicio Histórico Militar. Págs. 66 y ss.

5 SINOUE, Gilbert: *Avicena o la ruta de Isfahán*. Zeta bolsillo. Págs. 275 y ss.

6 REY MARCOS, Francisco y CURREA LUGO, Víctor de: *El debate humanitario*. Icaria Editorial. Págs. 57.

Las Cruzadas cambiaron definitivamente la orientación con el surgimiento de las primeras Órdenes Militares para atender a los heridos y enfermos. Hospitalarios, Teutones y Templarios crearon, con el tiempo, las llamadas Casas de Dios, que tenían el triple carácter de iglesia conventual, hospital y fortaleza.

Fue sin embargo en España donde se instaló por primera vez un hospital de campaña en la batalla de Toro de 1476⁷ y donde, años más tarde, se volvió a tratar la protección de los combatientes heridos y enfermos del bando contrario. Concretamente en 1581, otro texto dice: “en cuanto a los heridos y enfermos, su intención es que se beneficien, cuando estén mejor, de las mismas ventajas que sus compañeros y que se dé a unos y otros pasaportes y escoltas, para conducirlos hasta que estén fuera de peligro”⁸.

En cualquier caso, hasta principios del siglo XIX, prácticamente el 90 por ciento de los heridos en combate morían a los pocos días víctimas de infecciones, falta de asistencia, hambre, etc. La mayoría de los heridos eran abandonados a su suerte en casas particulares o conventos, sin dejar asegurada alimentación ni asistencia sanitaria y normalmente en unas condiciones de salubridad deplorables. Se hacía, pues,

necesario un acuerdo para protegerlos, por lo que en 1820 se hizo un llamamiento internacional para que todas las naciones firmaran un convenio para reconocer como no enemigos a combatientes y prisioneros enfermos o heridos y prestar el apoyo necesario a los hospitales. El intento no tuvo éxito, pero la concienciación⁹ fue importante porque ya en la guerra de Crimea de 1853, la tasa de mortalidad de los heridos en combate descendió al 62 %, un logro importante para la época¹⁰.

Más con todo, la regulación de la asistencia sanitaria se debe a la intervención del suizo Henry Dunnant, que en 1859 estuvo en la batalla de Solferino y vivió en persona el horror de la guerra. Años después, en 1862, escribió recuerdos de Solferino¹¹ y fundó, junto con otros cuatro prohombres suizos, el Comité de los Cinco, antecedente de la actual Cruz Roja Internacional. Con su influencia, el gobierno suizo convocó a una conferencia diplomática a la que asistieron 16 países, que en 1864 aprobó el Convenio para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos de los ejércitos en campaña.

Ese es el punto de partida del Derecho de Ginebra para la protección a las víctimas, que ha tenido tanto recorrido y tanto ha hecho por la supervivencia de los que

7 GOMEZ RODRÍGUEZ, Luis: «Los hijos de Asclepio. Asistencia sanitaria en guerras y catástrofes». Repositorio Uned. Tesis. Pág. 100-104.

8 REY MARCOS, Francisco y CURREA LUGO, Víctor de: «El debate humanitario». Icaria Editorial. Págs. 58 y ss.

9 Esta llamada corresponde a la nota agregada por el corrector de estilo:

En América, concientización – Diccionario Práctico del Estudiante – Real Academia de la Lengua – Santillana Ediciones Generales – S.L.2011.

10 GUILLERMAND, Jean: «Contribución de los médicos de los ejércitos a la génesis del derecho humanitario». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 14. Págs. 323-351.

11 DUNNANT, Henry: «Un recuerdo de Solferino». Comité Internacional de la Cruz Roja.

caen heridos en los campos de batalla y por el reconocimiento de quienes se dedican a salvarlos de una muerte segura. El Convenio tenía como pilares los principios de humanidad, imparcialidad e inviolabilidad del personal sanitario e instalaciones sanitarias y en sus diez artículos recogía, además, la obligación de recoger y asistir a los heridos sin distinción de bando. Su aplicación fue pareja a la evolución de la medicina, lo que hizo descender la tasa de mortalidad de los heridos en combate al 8 por ciento en la Segunda Guerra Mundial.

En todo caso, el desarrollo de los Convenios pasó por diversas etapas hasta llegar a 1949, en que se revisaron los cuatro Convenios existentes y sus dos Protocolos Adicionales, que con leves modificaciones, quedaron como los conocemos hoy. A ellos se ha añadido, en el año 2005, un nuevo Protocolo Adicional para establecer un tercer signo distintivo que consiste en un cuadro rojo sobre fondo blanco.

3. LOS CONVENIOS DE GINEBRA PARA LA PROTECCIÓN DE HERIDOS Y ENFERMOS

El Primer Convenio se aprueba para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña. Es, pues, un tratado dirigido especialmente a apoyar a las víctimas militares de los conflictos. El convenio actualmente vigente, data de 1949, y es la cuarta versión del aprobado en 1864. Hasta entonces, los sanitarios militares de la mayor parte de los ejércitos no manejaban un código *ético* distinto del hipocrático. Con su aprobación, lo que se pretendió fue que los heridos recibieran asistencia sanitaria y humanitaria, sin distinción de bando o empleo y que esa asistencia se prestara en condiciones dignas.

El segundo Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, adaptó el primer convenio a la guerra en el mar, considerando, además, a los náufragos como víctimas de guerra.

El tercer Convenio es el relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y el cuarto trata sobre la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Con ellos se cierra el ámbito protector a las víctimas de los conflictos, aunque posteriormente se aprobaran los dos protocolos adicionales, tratando el primero de la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales, mientras que el segundo se dedica a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

De todos destacamos como características principales que están sancionados por 194 países –hay unos 30 que no los han firmado–, que sus normas fundamentales tienen fuerza de costumbre y, por tanto, obligan a toda la comunidad internacional; y que mantienen un principio general de respeto a todas las personas que no participen o que han dejado de participar en la contienda.

La doctrina mantiene que los Convenios configuran un auténtico Estatuto del combatiente, al que confieren unos derechos y deberes no solo sanitarios o asistenciales. Para ello, en primer lugar, distinguen entre combatientes y no combatientes. Los primeros son los militares que pueden tomar parte en las hostilidades y en consecuencia son los únicos que pueden atacar y ser atacados. Son, en definitiva, los sujetos activos y pasivos de la acción bélica, y por ende, cuando son aprehendidos, no pueden ser castigados a causa de los resultados lesivos que ocasionen en las personas o en las

cosas, y pasan a ser considerados prisioneros de guerra inmediatamente.

Ese es el núcleo fundamental de los derechos del combatiente, la participación activa en los conflictos armados y la ausencia de responsabilidad por esa participación, siempre, naturalmente, que se ajuste a las prescripciones del Derecho de la Guerra. A su vez, mientras combate, el soldado se beneficia del principio de limitación de medios y métodos que prohíbe causarle males superfluos y sufrimientos innecesarios, y si cae en poder de la Parte adversa, tiene derecho a ser tratado como prisionero de guerra. Por último, puede obtener una protección especial si cae muerto o herido, si enferma o naufraga.

Entre los combatientes se incluyen los miembros de las Fuerzas Armadas, salvo personal religioso y sanitario, los miembros de milicias y otros cuerpos sujetos a la disciplina militar y los miembros de movimientos de resistencia, siempre que actúen en territorio ocupado y porten armas abiertamente. Su característica principal, según los Convenios, es que tienen un Mando responsable, se sujetan a las leyes y costumbres de la guerra y cuentan con una organización y disciplina interna. Y su condición indispensable es la visibilidad, que se recoge en el artículo 44 del Primer Protocolo y que implica la obligación inexcusable de distinguirse de la población civil, de lo que solo están dispensados en situaciones excepcionales como operar en territorio ocupado, conflicto asimétrico o labores de contraguerrilla, en las cuales basta con que porten armas abiertamente.

Los no combatientes son las personas que no participan en las hostilidades. Entre ellos contamos los médicos y religiosos militares, así como los civiles. Gozan igualmente de especial protección mujeres, niños, ancianos, refugiados y apátridas. Los heridos, enfermos y náufragos, prisioneros de guerra, desaparecidos y muertos, también tienen un estatuto especial, precisamente porque dejan de ser combatientes¹².

Sobre los muertos, decir que están sometidos a un especial riesgo, precisamente porque algunas partes en conflicto suelen tener especial interés en ocultarlos y es relativamente sencillo hacerlo, de ahí que los convenios se preocupen de ellos especialmente, lo cual es lógico dado que todos los Ejércitos del mundo muestran especial respeto a quienes han caído por su país, con lo que cualquier agresión les indigna sobremanera. Además gozan de protección especial los sanitarios, religiosos y periodistas, y ello precisamente por su especial dedicación a las víctimas.

Por último, los convenios excluyen de su protección a un grupo de personas que participan en las hostilidades pero sin sujetarse a lo que podríamos denominar los usos de la guerra. Son los espías, mercenarios, francotiradores y combatientes ilegítimos. Todos ellos se sitúan por decisión propia en tramos injustos de la guerra, realizando trabajos que se apartan de la guerra convencional; y, sobre todo, no hacen ostentación de su condición de combatientes ya que ni llevan distintivos ni portan armas

12 DE PREUX Jean: «Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra 28-02-1989». *Revista Internacional de la Cruz Roja* Núm. 91, Págs. 47-54.

abiertamente¹³. Respecto a los francotiradores, son el ejemplo más claro de utilización indiscriminada de la violencia en un conflicto armado. En la mente de todos están las imágenes de los francotiradores de Sarajevo o los más cercanos de Mosul. Ni siquiera en una guerra convencional puede permitirse este tipo de actos que tienen que calificarse como terroristas.

4. LOS DERECHOS DE HERIDOS Y ENFERMOS

Sentado lo anterior, hemos de centrarnos en la asistencia sanitaria que se presta en cualquier conflicto. Como dice la Profesora García Mangas, una de las razones históricas del nacimiento de las normas humanitarias ha sido, precisamente, la asistencia a heridos y enfermos y a ello se dedican los convenios con especial interés desde su primera versión¹⁴. Sus derechos fueron el primer punto de atención de la comunidad internacional y deben seguir siendo el objetivo prioritario, porque, sin ello, sería difícil creer en el Derecho Humanitario. Es más, los propios ejércitos necesitan saber que sus miembros caídos en combate serán respetados y atendidos como merece su esfuerzo, porque ello incide, incluso, en la moral que cada parte beligerante exhiba en la batalla.

Mucho se ha escrito sobre las notas características de la asistencia sanitaria en campaña. Ahora bien, entre todas destaca, en primer lugar, el que los derechos de los

heridos y enfermos son en su mayor parte correlativos a los deberes del personal sanitario o de los propios Estados en conflicto. Los principales responsables de que los heridos tengan una asistencia sanitaria adecuada son los médicos y personal auxiliar y a ellos les compete no solo prestar su servicio en las condiciones adecuadas, sino, también, exigir a las autoridades de las potencias beligerantes el cumplimiento de las prescripciones del derecho humanitario y la aportación de los recursos personales y materiales necesarios para ello. Se estructuran, por tanto, como típicos derechos-deberes, que unos pueden invocar y otros están obligados a respetar.

En cuanto al contenido concreto del catálogo, el primer derecho que debe figurar es el derecho a la vida de todo herido o enfermo. Si el homicidio intencional está prohibido en todos los protegidos, en el caso de los heridos y enfermos tiene un plus de protección precisamente por la vulnerabilidad que supone su estado de salud, sus dolencias y su grado de discapacidad. A este derecho debe unirse el de la conservación de la integridad física y moral que presenten en el momento de la primera prestación de asistencia sanitaria, lo que conlleva la prohibición de causarles deliberadamente grandes sufrimientos o de agravar su integridad física o estado de salud.

Por otra parte, los heridos tienen derecho a su búsqueda, localización, recogida y puesta en lugares protegidos, lo cual

13 DOMÉNECH OMEDAS, José Luis: Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura. Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos núm. 78. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, Págs. 133 a 164.

14 GARCÍA MANGAS, Araceli: «Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario». Ediciones Universidad de Salamanca. Pág. 103.

implica que todos los contendientes deben tomar, sin tardanza, todas las medidas posibles para buscar y recoger a heridos y enfermos. Esta obligación, incluso, les vincula a concertar acuerdos para recogerlos y cuidarlos. Igualmente los heridos y enfermos tienen derecho a ser protegidos contra el pillaje y los malos tratos, así como a recibir los cuidados médicos adecuados, en la medida de lo posible y en el plazo más breve.

El derecho a recibir los cuidados y tratamientos que precisen debe ejercerse sin discriminación, lo que implica que la asistencia a heridos y enfermos no puede hacerse sin más distinción que la derivada de su estado de salud. La asistencia prioritaria, por razón de graduación o el ejército al que se pertenezca, es discriminatoria y su práctica está expresamente prohibida. De este modo, el único criterio válido para tratar a los heridos es el de la urgencia médica. La Asociación Médica Mundial en sus regulaciones en tiempo de conflicto armado, dice que la atención a heridos y enfermos debe ser eficaz, imparcial y sin referencia a discriminación injusta alguna, incluso si los pacientes son enemigos¹⁵.

Por último los contendientes tienen derecho a no ser sometidos a pruebas, estudios, tratamientos o experimentos que no estén indicados por su estado de salud.

En resumen, Otero Solana concreta el Estatuto de los heridos y enfermos en las siguientes prescripciones:

- Respeto y protección en toda circunstancia.
- Trato humanitario sin distinción por razón de sexo, raza, color, idioma, nacionalidad, creencia religiosa, opinión política, fortuna u otros.
- La urgencia médica como única prioridad admitida, sin distinción de parte.
- Prohibición de atentar contra su vida, rematarlos o exterminarlos, someterlos a tortura, experimentar –aún con su consentimiento–, no atenderlos médicamente o exponerlos intencionadamente a contagio o infección.
- Actuar contra toda norma médica habitual para casos similares¹⁶.

Queda por determinar si los heridos y enfermos en conflictos armados ostentan, además de los citados, los derechos generales de todo paciente. A este respecto la Asociación Médica Mundial entiende que la ética médica en guerra no tiene por qué ser distinta de la de los tiempos de paz y por tanto, los derechos de los pacientes tienen que ser similares. Ahora bien, tampoco puede olvidarse el contexto en que se desenvuelve la asistencia sanitaria y que no es lo mismo ejercerla en un escenario absolutamente favorable, con todos los medios técnicos, humanos y burocráticos al alcance de la mano, que en un entorno precario,

15 ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL: Regulaciones en tiempo de conflicto armado. Adoptadas por la 10ª Asamblea Médica Mundial La Habana, Cuba, Octubre 1956 y Editadas por la 11ª Asamblea Médica Mundial Estambul, Turquía, Octubre 1957 y Enmendadas por la 35ª Asamblea Médica Mundial Venecia, Italia, Octubre 1983 y la 55ª Asamblea General de la AMM, Tokio, 2004 y Revisada su redacción por la 173ª Sesión del Consejo, Divonne-les-Bains, Francia, Mayo 2006 y Enmendada por la 63ª Asamblea.

16 OTERO SOLANA, Vicente: La normativa de protección y actuación del personal y medios sanitarios en los conflictos armados. Ministerio de Defensa. Pág. 25.

sujeto a tensiones externas, muchas veces extremas, donde los medios son limitados y las situaciones de urgencia vital más que habituales, cotidianas.

En estas situaciones las más de las veces apelar, por ejemplo, al derecho a una asistencia científica y humana de calidad como parte de los derechos del paciente, es más un deseo que una realidad. Los actuales medios técnicos permiten que en los conflictos armados en los que participan países desarrollados, existan hospitales relativamente cercanos a las zonas de combate y medios de transporte suficientes para trasladar a los heridos rápida y eficazmente. Pero no siempre es así. El despliegue sanitario que, por ejemplo, se ha llevado a cabo en Afganistán por la fuerza multinacional, desgraciadamente no es lo habitual en el grueso de conflictos armados actuales, en los que es más normal encontrarse con situaciones en las que los médicos han de realizar su trabajo de forma precaria, muy alejada de la sofisticación de los modernos hospitales de campaña que instalan los ejércitos más avanzados para asistir a pacientes civiles y militares en zonas de conflicto.

Y en ese entorno, lo mismo podemos decir de la confidencialidad de los datos y el respeto a la intimidad. El tratamiento de los datos sanitarios requiere de unos medios técnicos que puede no estén disponibles en zonas de operaciones, con lo que la preservación de ellos deberá realizarse teniendo en cuenta esos parámetros, aunque siempre procurando que la confidencialidad sea la máxima que permitan las circunstancias. E igualmente puede decirse del derecho de acceso al historial clínico.

Los derechos que deben ser respetados, en cualquier caso y sin ninguna diferencia con los tiempos de paz, son los derechos de

información, a decidir y el de respeto a sus convicciones religiosas, culturales y morales. Tanto en tiempo de guerra como en el de paz, el paciente debe recibir información veraz, adecuada y suficiente. Tiene que poder decidir sobre los tratamientos y prestar el consentimiento informado, y por supuesto, a que sus convicciones sean respetadas en todo caso.

Sentado pues el catálogo de derechos, la pregunta que debemos hacernos a continuación es quién está obligado a respetarlos y qué medios existen para asegurar su cumplimiento, porque para que estemos ante un auténtico Estatuto, debe existir alguna fórmula que garantice su exigibilidad.

Pues bien, la respuesta es clara. En primer lugar todos los combatientes, cualquiera que sea su graduación, están obligados a conocer y respetar los derechos de heridos y enfermos militares y civiles. Igualmente, todos los médicos y personal sanitario están obligados a cumplirlos. Y por último, absolutamente todas las autoridades deben procurar que sus tropas estén instruidas en los preceptos de protección a heridos y enfermos y, además, fomentar en ellos un espíritu de respeto al herido, en toda circunstancia.

En cuanto a su exigibilidad, los países firmantes tienen obligación de aprobar normas para castigar las infracciones. Concretamente en España, las infracciones a los derechos que hemos mencionado, están tipificadas como delitos en el Código Penal Ordinario y en el Código Penal Militar. En el primero se tipifican los delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, los de genocidio y los de lesa humanidad cometidos por cualquier persona, mientras que en el segundo se recogen, prácticamente, los mismos ilícitos cuando

son cometidos por militares, para los cuales se prevén penas más graves. Con independencia de ello, esas mismas infracciones están calificadas por los Convenios y Protocolos Adicionales como crímenes de guerra, y los países firmantes tienen obligación de poner a las personas que los cometan a disposición de sus Tribunales o de la Corte Penal Internacional de La Haya.

5. EL ESTATUTO DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

Dice Rodríguez Villasante que la protección que los Convenios de Ginebra prestan a los profesionales sanitarios en los conflictos armados es esencial para la supervivencia de los heridos y enfermos, porque para proteger realmente a las víctimas de la guerra es necesario contar con personal y medios adecuados¹⁷.

Por esta razón los profesionales sanitarios están dotados de un estatuto especial que les confiere unos derechos y obligaciones o deberes. Así, pues, para abordar su estudio debemos comenzar concretando quienes tienen tal consideración, que según los Convenios son:

- a. El personal sanitario militar y civil de cualquiera de las partes, dedicado a labores de búsqueda, recogida, transporte, atención o tratamiento de los heridos, enfermos y náufragos militares o civiles.
- b. El personal militar o civil de cualquiera de las partes, dedicado a la prevención de las enfermedades.
- c. El personal de administración, de formaciones y establecimientos sanitarios, incluyendo personal técnico, conductores de ambulancias o personal de los buques hospitales y aeronaves sanitarias.
- d. El personal sanitario del Comité Internacional de la Cruz Roja, de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja u otras de socorro, reconocidas y autorizadas por las partes.
- e. El personal sanitario de unidades o establecimientos puestos a disposición de las partes en conflicto por un Estado neutral, por una sociedad de socorro de un Estado neutral o por una organización internacional humanitaria imparcial.
- f. El personal religioso perteneciente a las fuerzas armadas adscrito a los establecimientos sanitarios o sociedades de socorro¹⁸.

Para su definición existen dos criterios: el funcional y el de pertenencia a organización sanitaria. Respecto al primero, se consideran tales las personas dedicadas tanto al diagnóstico y tratamiento de heridos y enfermos, como a su búsqueda y recogida y aplicación de los primeros auxilios en las zonas de combate, el transporte sanitario desde la primera línea a los distintos escalones y en todas su fases, o a la colaboración en actividades de medicina preventiva y administración de establecimientos y unidades sanitarias.

17 RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: La protección del “personal humanitario” por el Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados actuales. Anuario de acción humanitaria 2010. Universidad de Deusto. Pág. 45.

18 Opus cit. Pág. 46.

Por el criterio de pertenencia a organización, se considera personal sanitario a todos los miembros militares de los Cuerpos de Sanidad Militar, los trabajadores de buques hospitales civiles o militares, sociedades nacionales de Cruz Roja, servicios de protección, los adscritos a cualquier otro servicio sanitario reconocido (Médicos sin Fronteras por ejemplo), o los asignados regular y únicamente al funcionamiento o administración de hospitales.

Todos ellos conforman la denominada Misión Médica, que comprende el conjunto de personas, instrumentos, vehículos, equipos e instalaciones, transitorias o permanentes, civiles o militares, fijas o móviles, de destino en exclusiva y necesarios para la administración, funcionamiento y prestación de servicios médico-asistenciales, en las áreas de prevención y promoción, atención, y rehabilitación, en el marco de un conflicto armado¹⁹.

Desde estas premisas, para los Convenios las actividades sanitarias no se ciñen a la mera asistencia primaria de los heridos en campaña, sino que se extienden a cualquier cuidado médico que exija su estado. De Currea-Lugo entiende que a la propia atención médica se deben añadir todos los servicios humanitarios propios de la asistencia en salud, como programas de vacunación, control de fuentes de agua potable, etc. De ahí que la protección no alcance solo al personal facultativo, sino que cubra a todas aquellas personas que de forma exclusiva están dedicadas a estas funciones sanitarias.

En cualquier caso, todos los militares con consideración de personal sanitario tienen los siguientes deberes en campaña:

- Deber de asistencia humanitaria (recoger y asistir a heridos y enfermos y no abandonarlos nunca).
- Deber de brindar tratamiento a heridos y enfermos, prevenir las enfermedades y desarrollar programas de rehabilitación.
- Deber de no discriminación (prohibición de distinciones no médicas). Este deber se prestará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, etc.
- Deber de prioridad en la asistencia (la urgencia médica como criterio exclusivo de los Convenios).
- Deber de no clasificar para prestar la atención por razones de la parte del conflicto a la que pertenece o por la graduación militar que ostente.
- Deber de no abandonar a los heridos o enfermos.
- Deber de no someter a las personas a actos médicos que no estén indicados por su estado de salud ni realizar experimentos médicos, biológicos o científicos.

Además de estos deberes que se desprenden de la Convención, la Asociación Médica Mundial añade los siguientes:

19 DE CURREA-LUGO, Víctor: «Generalidades del Derecho Internacional Humanitario». *Revista Heraldo Médico*, volumen XXIII n° 228. En: encolombia.com/medicina/revistas-medicas/heraldo-medico/vol-2322801/heraldo2322801generalidades/.

- Deber de no infringir o ayudar a infringir el Derecho Internacional.
- Deber de no participar en hostilidades.
- Deber de recordar a las autoridades su obligación de buscar a los heridos y enfermos y asegurar el acceso a la atención médica, sin discriminación injusta.
- Deber de no aprovechar la situación y vulnerabilidad de los heridos y enfermos para obtener ganancia financiera personal.
- Deber de considerar de forma especial la gran vulnerabilidad de las mujeres y niños en conflictos armados y otras situaciones de violencia y sus necesidades de salud específicas.
- Deber de respetar el derecho de la familia a conocer la situación y el paradero de un familiar desaparecido.
- Deber de prestar atención médica a toda persona hecha prisionera.
- Deber de defender las visitas regulares de los médicos a las prisiones y a los prisioneros.
- Deber de denunciar y actuar, cuando sea posible, para poner término a prácticas no escrupulosas o a la distribución de materiales y medicamentos de mala calidad o falsificados.
- Deber de instar a las autoridades nacionales y a organismos internacionales y regionales, la protección del

personal de salud e infraestructuras sanitarias en conflictos armados y otras situaciones de violencia.

- Deber de informar a las autoridades del brote de cualquier enfermedad o trauma que se deba notificar.
- Deber de hacer todo lo posible para evitar represalias contra los heridos y los enfermos o la atención médica.

Y asimismo, según la Asociación, los médicos en particular deben:

- Negarse a obedecer una orden ilegal o contraria a la ética.
- Considerar cuidadosamente toda doble lealtad que pueda tener el médico y abordar este tema con los colegas y con la autoridad.
- Denunciar torturas o trato cruel, inhumano o degradante.
- Reflejar y tratar de mejorar los estándares de atención apropiada a la situación.
- Informar al superior que corresponda sobre el comportamiento contrario a la ética o deontología médicas de un colega.
- Mantener registros de salud adecuados.
- Apoyar la sostenibilidad de la atención médica a civiles cuando esté alterada por el contexto.
- Informar a un comandante u otra autoridad apropiada si no se satisfacen las necesidades en salud²⁰.

20 ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL: Regulaciones en tiempo de conflicto armado. Manual de Políticas de la AMM. Asociación Médica Mundial. Págs. 100-103.

Correlativamente, los Convenios y Protocolos Adicionales también recogen una serie de derechos para el personal sanitario. Son:

- Respeto y protección: los combatientes tienen obligación de no atacarlos y protegerlos.
- Derecho de acceso a los lugares donde sus servicios sean necesarios.
- Derecho a no ser sancionados por prestar sus servicios a un enemigo con arreglo a la ética y deontología médicas.
- Derecho a no ser inducidos a realizar actos contrarios a la ética y deontología médicas.
- Derecho a no ser inducidos a facilitar información personal sobre heridos o enfermos.
- Exención de captura, con única posibilidad de retención para asistir a prisioneros de guerra, salvo en el caso de personal sanitario de Estado neutral, de Cruz Roja Internacional o de buques-hospitales, que han de ser devueltos de forma inmediata.

Estos derechos son irrenunciables y por tanto deben ser respetados por los Estados beligerantes, teniendo las infracciones la consideración de graves y estando tipificadas tanto en las legislaciones internas como en la internacional.

El Estatuto se completa con la protección que los Convenios brindan a los establecimientos y unidades sanitarias, entendiendo por tales las formaciones militares y civiles, permanentes o temporales, organizadas con fines exclusivamente sanitarios. Comprenden pues entre otros, los hospitales de todo tipo, centros de asistencia fijos

o móviles, centros de medicina preventiva o depósitos de material sanitario y farmacéutico.

La protección se concreta en abstención de todo ataque, garantía de funcionamiento caso de caer en poder del enemigo, prestación de ayuda y suministros y limitación en el derecho de requisar. Y para que esta protección sea efectiva, es también imprescindible que cumplan una serie de requisitos, cuales son no cometer actos de hostilidad, no cometer actos perjudiciales al enemigo, no utilizar las instalaciones sanitarias para proteger objetivos militares, así como instalarlas a la mayor distancia posible de los mismos.

Por último, decir que el Protocolo Adicional I prevé en su artículo 1.2, que en los casos no previstos en la Convención, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del Derecho de Gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública. Es, ni más ni menos, que la inclusión de la llamada cláusula Martens, incorporada por primera vez en el Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, a petición del representante ruso de ascendencia alemana, Fiodor Martens, y que refleja el espíritu que debe guiar la interpretación de la normativa internacional en lo referido a los conflictos armados y la protección de víctimas y de personal humanitario.

En definitiva, los Convenios de Ginebra elevan a la categoría de norma de carácter internacional el criterio deontológico que debe primar en cualquier actuación médica, a la vez que reconoce que la protección a los heridos y enfermos pasa, indefectiblemente, por el hecho de que

los profesionales de la salud puedan hacer su trabajo en condiciones idóneas, pues solo así puede garantizarse una asistencia

médica digna a quienes, por su estado de salud, están más necesitados de protección.

Carlos Antonio López Acuña (Paraguay)¹

EL GARANTISMO PROCESAL Y PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PENAL PARAGUAYO

SUMARIO

1. Introducción. 2. El garantismo procesal y el activismo judicial. Visión y distinción. 2.1. El garantismo procesal y el debido proceso. 3. Las medidas cautelares en el proceso penal. Nociones generales. 3.1. Principios que rigen las medidas cautelares. 3.2. Clases de medidas cautelares. 4. La prisión preventiva en el Sistema Penal paraguayo. 4.1. Requisitos para la procedencia de la prisión preventiva. 4.2. Crítica negativa a la Ley N° 4431/2011 “Que modifica por segunda vez el Art. 245 del CPP. 5”. Palabras finales. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

A finales del siglo XIX y prácticamente todo el siglo XX, en el Paraguay la administración de justicia se desarrolló bajo la sombra de un sistema absolutista, caracterizado por una estructura verticalista, burocrática y perezosa². Es al que se le denomina el sistema inquisitivo, que muy bien iba de la mano con la forma de gobierno imperante de ese tiempo, la dictadura que duró casi 35 años, hasta el golpe de estado de 1989. En ese tiempo, por casi un siglo, el Sistema Penal paraguayo estaba compuesto por un Código de Fondo, proyecto presentado por el Dr. Teodosio González, que fuera promulgado en 1914, denominado “Código Penal Paraguayo” y el Código de forma, cuyo proyectista fue el Dr. Víctor B. Riquelme, que vio

1 Juez Penal de Sentencia de Paraguay. Coordinador del Posgrado de Derecho de la Universidad Católica de Villarrica de Paraguay. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal - Capítulo Paraguay.

2 LÓPEZ CABRAL, M. Código Procesal Penal Paraguayo. 3ra. Edición. Intercontinental Editora. Año 2015. pg. 20.

la luz en 1952, denominado “Código de Procedimientos Penales”, que se mantuvieron vigentes hasta el año 2000.

Con la sanción de la nueva Constitución en el año 1992, que vino a imponer nuevas instituciones democráticas y la promoción y protección de los derechos humanos, a iniciativa de los poderes del Estado y otras organizaciones, se desarrollaron intensos debates sobre la reforma legal del sistema penal vigente, habiéndose consensuado dentro de la comunidad jurídica sobre la reforma radical del sistema, con la intervención y asesoría del Prof. Dr. Wolfgang Schöne, quien ha dado un delineamiento de la estructura del proyecto de Código Penal en base al Código Alemán, naciendo por fin la Ley 1160/97 denominado “Código Penal Paraguayo”, iniciándose todo un desafío para los operadores de justicia penal y, en especial, para la sociedad que por tanto tiempo estuvo inmerso bajo un sistema inquisitivo.

Por otro lado, misma suerte siguió el proyecto de reforma del sistema de enjuiciamiento penal, habiéndose también presentado varios anteproyectos que surgieron de cada uno de los poderes del Estado, otros organismos especializados, cuya sanción dio a luz el 8 de julio de 1998, con entrada en vigencia plena desde el 1 de marzo de 2000, como Ley 1286/98, Código Procesal Penal, con tinte acusatorio acorde a las tendencias actuales.

En su estructura, la Ley 1286/98 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”, consta de una parte General en la que tienen plena vigencia todas las instituciones procesales comunes, que se hallan presentes en todos los

procedimientos y constituyen sus elementos y materias³. Dividiéndose esta en seis libros, siendo el Libro Preliminar, en el que se encuentran los principios y garantías procesales y otros, que es la base principal del Sistema procesal, en la que se sostiene toda su estructura. Citando los demás libros, el Libro Primero se refiere a las instituciones relativas a la organización judicial y a los sujetos procesales; el Libro Segundo legisla sobre la actividad procesal normal y defectuosa; el Libro Tercero, sobre los medios de prueba; el Libro Cuarto, sobre las medidas cautelares; y, el Libro Quinto se refiere a las costas e indemnizaciones.

Atendiendo al tema que se pretende abordar, más adelante volveremos a puntualizar sobre el Libro Cuarto, que trata sobre las medidas cautelares, específicamente en relación a la prisión preventiva.

2. EL GARANTISMO PROCESAL Y EL ACTIVISMO JUDICIAL. VISIÓN Y DISTINCIÓN.

Antes de abordar conceptualizaciones, es importante distinguir estas dos corrientes filosóficas antagónicas del Derecho procesal, encontrándonos con algunas dificultades para hallar definiciones claras y determinantes. Por tal razón, es necesario establecer la finalidad que persigue cada corriente para comprender tales acciones dadas por los actores del Sistema Judicial.

Si consultamos directamente sobre el tema, tal vez no tengamos una respuesta precisa al respecto o, caso contrario, surgirían divagaciones, porque de manera

3 LÓPEZ CABRAL, M. Código Procesal Penal Paraguayo. 3ra. Edición. Intercontinental Editora. Año 2015.

inconsciente estamos en el día a día trabajando con ambas corrientes, sin detenernos a analizar sobre su naturaleza y más bien actuamos en base a las circunstancias. Sin embargo, sin darnos cuenta como operadores del Sistema judicial, desde la posición en que cumplamos nuestros respectivos roles, notamos que constantemente estamos trabajando con algo de estas dos corrientes antagónicas.

Citando a Fermín Canteros en su obra Estructura básica de los discursos garantistas y activistas del derecho procesal, antes de abordar la definición, dice que el garantismo y el activismo procesal son dos corrientes filosóficas antagónicas del Derecho procesal. La radical oposición entre ambas corrientes establece en la distinción que uno y otro realizan del “proceso” y del deber ser la “función judicial”⁴.

En esta tesis, el garantismo procesal es la corriente filosófica del Derecho procesal que pregona el respeto irrestricto a las garantías constitucionales, fundamentalmente la garantía del debido proceso. Y en la vereda del frente nos encontramos con el activismo procesal o denominado también decisionismo judicial, que se determina como la corriente filosófica del derecho procesal que, antes de ocuparse de la absoluta e irrestricta observancia de las normas constitucionales, busca hacer justicia con jueces activos⁵.

En base a la primera posición, los autores así alistados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales.

En palabras del Maestro Alvarado Velloso, decimos que el proceso judicial es la gran y máxima garantía que otorga la Constitución para la defensa de los derechos individuales desconocidos por cualquiera persona –comenzando por el de libertad– y, muy particularmente, por la propia autoridad, con la cual el individuo puede igualarse jurídicamente solo en el proceso, ya que allí hay un tercero que le otorga un trato absolutamente igualitario desde su propia imparcialidad. De ahí el nombre de garantista o libertaria (por oposición a la antagónica, claramente totalitaria)⁶.

Ahora, como ya vimos básicamente de que trata el activismo procesal o decisionismo, nos enfocaremos directamente hacia el garantismo procesal, que considera al proceso como un método de debate pacífico y dialéctico entre dos opuestos que actúan en perfecto pie de igualdad jurídica ante un tercero⁷. Estableciéndose de esta forma los cimientos de la estructura procesal, siendo en este caso el debido proceso una garantía procesal compuesta por muchos derechos procesales.

4 CANTEROS. F. Estructura Básica de los discursos Garantistas y Activistas del Derecho Procesal. Editorial Juris. 2012. Argentina. Pg. 8.

5 Ídem, pg. 8.

6 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal. Revista LA LEY 15/12/2010.

7 CANTEROS. F. Estructura Básica de los discursos Garantistas y Activistas del Derecho Procesal. Editorial Juris. 2012. Argentina. Pg. 16.

En consecuencia, al garantismo le interesa ante todo, que se les garanticen a las partes sus derechos constitucionales y legales a fin de que el proceso pueda servir, efectivamente, para lo que ha sido creado; posibilitar la discusión plena sobre el objeto litigioso con idénticas prerrogativas en cuanto a la acusación y la defensa⁸, siendo observada, en principio, por un tercero imparcial, que posteriormente tendrá el protagonismo a través de una actividad denominada sentencia.

2.1. El garantismo procesal y el debido proceso

En el contexto del garantismo, durante la tramitación del proceso, el juez es y debe ser, un sujeto pasivo, cuyas únicas tareas deben ser la de conectar instancias y resolver incidencias. Pero de ninguna manera debe adoptar, durante el transcurso del debate, un rol activo. Tan es así, que la tarea de procesar la información asimilada, a través de la actividad intelectual de sentenciar.

Lo que el garantismo con más recelo protege y promueve es la garantía procesal del debido proceso. Pero, en este caso, ¿Qué entendemos por debido proceso? Simplemente el debido proceso es una garantía constitucional compuesta por muchos derechos procesales. Así, visto la Constitución Nacional en su artículo 17 en toda su extensión, establece reglas procesales que marcarán las pautas de cómo deberá ser el proceso en cualquiera de los fueros.

Sirviendo así la Constitución como una barrera de contención para evitar el desborde del poder punitivo del Estado, exigiéndose la realización de justicia con cierto respeto a los derechos y garantías fundamentales de las personas.

En esta idea, los protagonistas principales son las partes, y viendo que el proceso es un debate, el garantismo no pretende que se refuercen los poderes del juez, por lo tanto, no es necesario que haga ninguna actividad para el desarrollo del proceso, simplemente le basta dirigir un debate que luego le tocará el momento de resolver mediante una sentencia.

El artículo 17.3 de la Constitución nacional establece que toda persona tiene derecho a que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, significando que solamente existirá punibilidad mediante una sentencia que así lo declare sobre la base de unos actos procesales secuenciales que reciben el nombre extensivo de debido proceso. Este mismo principio se traslada al artículo 1 del Código Penal, que habla sobre el principio de legalidad⁹ y el artículo 1 del Código Procesal Penal, que establece el juicio previo¹⁰.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL. NOCIONES GENERALES

La Constitución del Paraguay, en su preámbulo, reconoce la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad

8 CANTEROS, F. Estructura Básica de los discursos Garantistas y Activistas del Derecho Procesal. Editorial Juris. 2012. Argentina. Pg. 48.

9 Ley N° 1160/1997 Art. 1°.

10 Ley N° 1286/1998 Art. 1°.

y la justicia, pretendiendo reflejar el funcionamiento de un sistema político fundado en la democracia republicana y participativa. Partiendo de esa premisa, tomando la libertad como uno de los valores y garantías fundamentales del ciudadano en un Estado democrático, el proceso penal debe erigirse en la primera garantía para el imputado, en cuanto a su eventual enjuiciamiento, debiendo responder a reglas racionales y que exijan defender su persona frente al poder punitivo del Estado.

Con esto se busca la obtención de una regla que sea compatible con las dos ideas básicas que sustenta la propia Constitución en el sentido de que nadie podrá ser privado de libertad física (art. 11 C.N.), si previamente no existe una sentencia que declare la culpabilidad del imputado (art. 17.1 C.N.), en virtud de un juicio realizado conforme a reglas dictadas por autoridades competentes, con anterioridad al hecho que motiva el proceso (art. 17.3 CN). Vale decir, la estructuración de los principios cardinales de todo proceso penal de corte acusatorio y se resumen en los presupuestos del juicio previo y la presunción de inocencia.

Con ambos presupuestos constitucionales en conjunto: el juicio previo y la presunción de inocencia, el imputado, hallándose en oposición al poder punitivo del Estado, estará amparado frente a ese poder, debiendo este cumplir con las reglas de juegos procesales, sobre la base de la libertad de esa persona.

Con respecto al trípodé –juicio previo, presunción de inocencia y libertad

ambulatoria– favorable en principio al individuo, notaremos que difícilmente el Estado pueda cumplir con su rol de garante del interés de la sociedad, por lo que necesariamente surge la tensión entre Estado/individuo. Esto es así, porque la misma Constitución Nacional establece una excepción a la regla, a través del artículo 11, donde menciona que nadie será privado de su libertad física o procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes, dando una herramienta al Estado para poder garantizar el derecho de los demás, en cumplimiento estricto de los mandatos constitucionales.

En consecuencia, para asegurar el normal desarrollo del proceso, en vista a que la efectividad del *Ius Puniendi* del Estado requiere que el imputado esté a disposición del órgano jurisdiccional y desde ese punto de vista, en el marco del proceso penal, las medidas cautelares de carácter personal son las que tienen mayor relevancia, de las que trataremos en el siguiente punto.

Como dijimos en el punto anterior, en vista a la tensión dada ante las garantías al individuo y la eficiencia del Estado, este para asegurar el normal desarrollo del proceso, requiere que el imputado esté a disposición del órgano jurisdiccional, para que el resultado sea efectivo, imponiéndose, excepcionalmente, las medidas cautelares, a modo de aseguramiento del procesado.

En primer lugar es necesario comprender de que se tratan las medidas cautelares en el proceso penal, y al efecto, (LÓPEZ CABRAL 2013)¹¹ dice: “las medidas cautelares

11 LÓPEZ CABRAL, M. De las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal. Intercontinental Editora. Asunción – Paraguay, 2013. Pg. 20.

como aquel conjunto de actos tendientes a asegurar la presencia del imputado a las resultas del proceso y evitar que el derecho penal sea burlado e indispensable para asegurar la búsqueda de la verdad, el avance del procedimiento y la aplicación de la ley”.

Entonces surge de la definición que la finalidad esencial de las medidas cautelares es la de asegurar el desarrollo del procedimiento penal y su consecuencia, a través de la sujeción del imputado al procedimiento, mediante la aplicación de estas medidas, en búsqueda de la verdad.

Recordemos que en el proceso penal acusatorio se da la tensión entre eficacia que se pretende de la persecución penal y la garantía irrenunciable de los derechos esenciales del imputado, de cuya consecuencia estas medidas cautelares deben estar sustentadas en los principios que la rigen.

3.1. Principios que rigen las medidas cautelares

Para delimitar los presupuestos a los que deberán ajustarse las medidas cautelares hay que partir de un principio general: La plena libertad y disfrute de sus derechos, es la situación normal del sometido a un proceso penal (principio de inmunidad).

Desde dicha perspectiva, la adopción de medidas cautelares que puedan restringir la libertad y derechos del sujeto pasivo del procedimiento penal, ha de someterse a una serie de principios o requisitos, que pueden sistematizarse de la siguiente forma:

El principio de legalidad: este principio aparece recogido expresamente en el artículo 234 del CPP, cuando establece que las únicas medidas cautelares en contra del imputado serán las autorizadas por el Código.

Principio de excepcionalidad: Las medidas cautelares solo pueden acordarse por razones de necesidad objetivamente constatables y ante la inexistencia de otras alternativas menos gravosas para la consecución del fin perseguido.

Evidentemente, la adopción de medidas cautelares no es imprescindible en el proceso penal, pues cabe la posibilidad de que, por las circunstancias del caso, aun siguiéndose el proceso contra una o varias personas determinadas, no sea necesario acordar medidas de clase alguna.

El principio de excepcionalidad vincula tanto al intérprete y aplicador de la ley como al legislador mismo, y exige que las medidas cautelares se contemplen y adopten en la práctica solo cuando resulten indispensables y adecuadas en relación con el fin perseguido.

El CPP previene expresamente, en su artículo 234.2, que las medidas cautelares solo serán impuestas excepcionalmente. Dicha excepcionalidad cobra especial importancia respecto de la prisión cautelar, al definirse esta como una medida subsidiaria, susceptible de ser acordada solo cuando ninguna de las otras medidas aplicables según la ley, permita alcanzar, en un grado razonable, los fines cautelares presentes en el caso.

Principio de Interpretación restrictiva: El principio de excepcionalidad comporta una adicional consecuencia; la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que regulan las medidas cautelares y de la forma más favorable a los derechos y libertades que limitan.

Principio de proporcionalidad: El artículo 236 del CPP, dispone que la privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcional a la pena que se espera.

En este caso, la excepcionalidad e interpretación restrictiva van unidos al principio de proporcionalidad. Según este principio, que también sujeta al intérprete y al legislador, las medidas cautelares deben contemplarse en la ley y adoptarse en la práctica de forma que no supongan un sacrificio excesivo e innecesario.

Una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente una medida cautelar, ya que tendría carácter punitivo en cuanto al exceso o la denominada pena anticipada por el transcurso del tiempo.

Principio de Intervención Judicial: Las medidas cautelares deben ser acordadas por resolución judicial del Juez o Tribunal que conozca de la causa, en cada una de las distintas fases o instancias del proceso.

La reserva de la potestad de adopción de las medidas cautelares en favor de los Jueces y Tribunales y el margen de apreciación del que disponen aquellos a tal fin, constituye una inexcusable garantía de los derechos y libertades.

En la misma línea, el artículo 234 del CPP dispone que las medidas cautelares serán impuestas siempre mediante resolución judicial.

Principio de Instrumentalidad: Las medidas cautelares están pre ordenadas a una resolución definitiva, cuya eficacia vienen a asegurar. De esta forma, las resoluciones jurisdiccionales cautelares son un instrumento para la mejor efectividad de la resolución definitiva. El proceso cautelar necesita, por tanto, de otros procesos para poder existir.

Toda medida cautelar es instrumental, puesto que nunca puede ser considerada como un fin en sí misma, sino que ha de

concebirse en relación con el proceso cuya efectividad pretende garantizar.

Principio de temporalidad y provisionalidad: Las medidas cautelares tienen una duración temporal supeditada a la pendencia del proceso principal. La temporalidad es una consecuencia clara del carácter instrumental de las medidas cautelares.

En efecto, la subordinación de las medidas cautelares a la resolución judicial final de las que dependen y cuya efectividad pretenden asegurar, confiere a estas un alcance provisional y temporal por naturaleza.

3.2. Clases de medidas cautelares en el sistema penal paraguayo

Las medidas cautelares serán de carácter personal y real (art. 235 CPP). En cuanto a las medidas de carácter personal, son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su derecho a la defensa en juicio o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral y público.

Siguiendo este orden, entonces encontramos que las medidas cautelares son: la aprehensión, la detención preventiva y la prisión preventiva, cuya aplicación será con criterio restrictivo (artículo 235 CPP).

La aprehensión es una medida cautelar de sujeción personal, que puede ejecutar la autoridad policial e inclusive los particulares, consistiendo en la privación momentánea y circunstancial de la libertad de la persona sobre la que se tiene sospecha de haber sido autor de un hecho punible, a fin de dejarla a cargo del órgano judicial correspondiente, a los efectos de la

investigación. En este caso su duración es de hasta seis horas.

La detención preventiva es otra de las medidas cautelares establecidas a fin de lograr la presencia del imputado, con el fin de coadyuvar al libre desenvolvimiento de la investigación, consistente en la privación de la libertad ambulatoria, por un tiempo determinado, hasta tanto una autoridad competente resuelva su situación. En este caso el tiempo perentorio de la detención es de veinticuatro horas, atendiendo a algunas excepciones dadas.

Y, por último, medida cautelar de la prisión preventiva, que estaremos estudiando con más detenimiento en el siguiente apartado.

4. LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PENAL PARAGUAYO

Como una excepción a la regla establecida en el artículo 11 del CN, de la no privación de la libertad, surge su opuesto en el artículo 19 de la Carta Magna, que admite la posibilidad de aplicar medidas restrictivas de libertad durante la sustanciación del proceso penal, en particular con la prisión preventiva, siempre que se reúnan los requisitos de indispensabilidad y consecuente excepcionalidad, ya que la regla es la libertad de las personas durante el proceso y la excepción su privación¹². Surgiendo así la tensión entre libertad vs privación.

Es así que por su naturaleza la prisión preventiva es una medida excepcional, cuya característica esencial es la de ser una medida cautelar que permita llegar al juicio previo asegurando la presencia del imputado, sin que ello implique prejuzgamiento al principio de inocencia.

En este sentido, la misma Constitución Nacional, de manera excepcional, admite la privación de libertad de las personas (art. 19 CN) en contraposición a la regla Constitucional de que nadie será privado de su libertad física o procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes (art. 11 C.N).

Para avanzar en el tema, nos preguntamos ¿qué entendemos por Prisión Preventiva? y al respecto el jurista paraguayo López Cabral, en el contexto de nuestra legislación, define a la prisión preventiva como “la medida restrictiva de libertad individual circunstancial y limitada de una persona, ordenada por el órgano jurisdiccional competente cuyo objetivo es el ingreso de esta en el ámbito penitenciario como esencial elemento coadyuvante para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la sentencia, y que es decretada con carácter excepcional, proporcional y en casos indispensables”¹³.

Por tal motivo la prisión preventiva fue diseñada jurídicamente como un instituto cautelar con claras limitaciones para su implementación, porque existen dificultades materiales para una adecuada justificación

12 KRONAWATER, E. Un punto de tensión entre el garantismo y el eficientismo; las medidas cautelares en el NCPP. Revista Jurídica La Ley, año 2003.

13 LÓPEZ CABRAL, M. De las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal. Intercontinental Editora. Asunción – Paraguay, 2013. Pg. 65.

de la medida, ya que ordinariamente aparece como una clara limitación al principio de inocencia y la consecuente vulneración del juicio previo, lo que de por sí es suficiente para abrirla con las mayores garantías, seguridades y consecuentes restricciones en cuanto a su aplicación o interpretación.

Este problema se ha dado en forma reiterada, cuando la prisión preventiva y demás medidas cautelares han sido tratadas en las leyes de procedimientos como institutos fundados en la supuesta culpabilidad –sobre la base de indicios considerados subjetivamente por el juez– del imputado y nunca en la aplicación razonable como verdadero medio cautelar que sería la única argumentación que constitucionalmente permita privar de libertad a las personas sometidas al proceso penal.

Lo que se acaba exponer aún sigue latente por la persistencia de una cultura inquisitiva que desdibuja la centralidad del juicio previo y con ello, el carácter excepcional de la restricción de la libertad del imputado antes de la emisión de una sentencia condenatoria, práctica contra la cual insistentemente está luchando la corriente del garantismo procesal para llegar al tan anhelado del prometido juicio justo.

El profesor Enrique Kronawater, dice que “sí el artículo 19 de la CN postula que la prisión preventiva será dictada solo en casos indispensables o necesarios, significa esto que los contenidos objetivos de tal indispensabilidad o necesidad se guarecen

en los elementos de convicción que la doctrina moderna abastece al instituto, cual es, su sentido cautelar y no preventivo de una pena anticipada”¹⁴.

4.1. Requisitos para la procedencia de la prisión preventiva

El artículo 242 del CPP, establece los requisitos que deben concurrir para el dictado de un auto de prisión preventiva, incluyéndose en este sentido en la redacción la expresión podrá decretar, indicando la potestad jurisdiccional para el correspondiente dictado, seguido de las connotaciones de indispensabilidad¹⁵ y la exigencia de que los requisitos concurren en forma conjunta, sin admitir el decreto por elementos aislados y no integrados.

Como requisito previo, en base al principio de inmediatez, el juez deberá oír al imputado antes de resolver la cuestión, cumpliéndose con los requisitos establecidos en el Art. 242 del CPP, que se analiza en parte; a) Que existan elementos de convicción suficientes: En primer lugar, al decir existencia de elementos, significamos que se trata de la realidad concreta de un ente cualquiera¹⁶, que sea positivo, visible o palpable y presente. En segundo lugar, al referimos a convicción suficiente, se constata el diccionario de la lengua española viendo el alcance de cada término; es así que convicción: proviene del latín, *convincere*, significando; probar algo de manera que racionalmente

14 Ídem.

15 BOGARIN G. Jorge E. Medidas cautelares en el proceso penal: prisión preventiva. Revista jurídica. Cita online: PY/DOC/28/2012.

16 Diccionario de la Lengua Española. Espasa. Año 2001.

no se pueda negar, o sea, en otros términos, que no presente dudas, y en ese contexto la suficiencia; significa bastante para lo que se necesita y apto o idóneo.

En segundo lugar analizamos la existencia de un hecho punible grave; ¿Cómo se determina la gravedad del hecho? Al efecto, nos remitimos al artículo 13 del Código Penal, que establece la clasificación de los hechos punibles, en crímenes y delitos. Son crímenes los hechos punibles cuya sanción legal sea mayor de cinco años, y delitos, los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad de hasta cinco años, o multa. Advirtiéndose en la última parte del mismo artículo que será considerado solamente el marco penal del tipo base, y siguiendo el análisis, vemos que el artículo 14.3 CP, dice: tipo base, que describe el modelo de conducta sin considerar posibles agravantes o atenuantes. Avanzando en su análisis, decimos tipo legal (art. 14.2); es el modelo de conducta con que se describe un hecho penalmente sancionado. Así podemos concluir que son los modelos de conductas descritas en los preceptos legales establecidos en la parte especial del código penal, que estrictamente reúnan con el requisito de la gravedad, en realidad son contados los hechos que reúnen en sí estos elementos para considerarlos como hecho punible grave, puesto que, en primer lugar, deber contar con una sanción mayor a cinco años (crímenes) y que no sean considerados agravantes del tipo base, es decir, el marco penal en puridad.

Otro presupuesto necesario para la procedencia de la prisión preventiva es el peligro de fuga y la obstrucción de un acto concreto de investigación como presupuestos esenciales para disponerla. Al efecto, el artículo 242 del CPP, numeral 3) que reza:

cuando por la apreciación de las circunstancias del caso en particular, existan hechos suficientes para suponer la existencia de peligro de fuga o la posible obstrucción por parte del imputado de un acto concreto de investigación. De la misma surgen dos elementos; el peligro de fuga y la posible obstrucción, establecidos en los artículos 243 y 244 del CPP, en la que cada una de ellas, de manera taxativa, cuenta con presupuesto establecido que en su momento el Juez deberá analizar con detenimiento y en base a los principios previstos, siendo la prisión preventiva una medida asegurativa de última ratio.

Atendiendo a la excepcionalidad de la prisión preventiva, por otro lado se da una situación real no salvada por el Estado, en cuanto al sistema preventivo de los hechos punibles que día a día se van perfeccionando por las bandas delictivas, quienes, antes que sentirse amedrentados, más bien buscan desafiar al sistema con nuevas modalidades delictivas, la sociedad insiste en apretar el cinturón o achicar la brecha para que el procesado pase en prisión llenándose, en consecuencia, los establecimientos penitenciarios, que se hallan sobrepasados por la cantidad de procesados que no cuentan con una definición en su caso, permaneciendo inclusive por más tiempo del máximo establecido, tornándose así una forma de pena anticipada.

Habiéndose advertido esta situación alarmante a nivel nacional, el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema de Justicia, busca la celeridad de los procesos judiciales a fin de evitar la famosa mora judicial, imponiendo ciertas responsabilidades al magistrado que lo incumple, buscando paliar de esta manera la situación dada.

Ahora bien, como podemos observar los presupuestos estrictos que se requieren para la aplicación de la prisión preventiva, es un gran avance del garantismo procesal en aras al irrestricto cumplimiento de la Constitución Nacional y las leyes, que el Juzgador cuente con las herramientas legales y adecuadas para realizar un análisis exhaustivo de los hechos que llegan a su conocimiento para decidir sobre la libertad de los imputados, principio rector en este sentido en el debido proceso. Pero también es cierto que con el avance de la criminalidad y la sofisticación de los medios que utilizan, el sistema judicial, en cierta forma, siempre queda atrás, y la sociedad instado por la prensa y los políticos en la mayoría de los casos pretenden crudecer los mecanismos de privación de la libertad de los imputados, y esto es en realidad contraproducente, puesto que en muchos casos se producen abusos, limitándose al Juez para que tenga el margen necesario para decidir sobre la medida a imponer, y más bien se le establece como una determinación legal de imponer esa medida, sin más reparo.

4.2. Crítica negativa a la Ley 4431/2011 "Que modifica por segunda vez el Art. 245 del CPP"

La vigencia de la Ley N° 4431/2011 que reforma la segunda modificación el artículo 245 del CPP, constituye una especie de retroceso hacia el sistema inquisitivo, situación a la que se han prestado los legisladores, atendiendo a la presión de diferentes sectores sociales y políticos, a consecuencia del aumento de la criminalidad en nuestro país, como pretendiendo tapar con un dedo el sol, estableciendo el encarcelamiento preventivo obligatorio vedando al juez toda posibilidad de otorgar medidas menos

gravosas que la prisión preventiva a procesados por ciertos tipos de hechos punibles que conllevan una expectativa de pena superior a los cinco años de privación de libertad, estableciéndose como una especie de situaciones tasadas de las cuales el Juez no tiene la posibilidad de analizar el instituto, más que aplicarlo a rajatabla.

5. PALABRAS FINALES

Para dar cierre a este conversatorio sobre las medidas cautelares y en especial con respecto a la prisión preventiva, podemos decir que en el ejercicio del *Ius Puniendi* que tiene el Estado, en aras al desarrollo efectivo del proceso para la protección de los intereses de toda la sociedad, en contraposición a los derechos individuales del sujeto procesado, surge una constante tensión entre los principios del debido proceso y el principio de inocencia.

En tan sentido, la medida cautelar de prisión preventiva debe ser una medida excepcional y de *última ratio*, para así evitar que la misma se torne como un prejuzgamiento o una estereotipación del imputado, y por otro lado, el peligro de determinarse como una pena anticipada si se excede más del tiempo para la cual fue prevista.

Es cierto que cuando el Estado pretende imponer su poder punitivo establece mecanismos que atentan contra la libertad del imputado, aplicando la prisión preventiva para sujetarlo, es también cierto que este mismo Estado con toda la infraestructura con que cuenta, a veces para paliar la deficiencia por parte de sus órganos de investigación, más le conviene tenerle cerca y corto al imputado, a fin de darle una especie de calmante a la sociedad, que en la mayoría de los casos se vuelve impaciente por la creciente inseguridad que se dan

en las ciudades, pretendiendo retroceder en el avance, buscando medidas más drásticas que sean aleccionadoras, inclusive

pretendiendo que las mismas penas sean mucho más severas, pensando que de esta manera se calmarían las aguas.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal. Revista LA LEY 15/12/2010.

BOGARÍN G. Jorge E. Medidas cautelares en el proceso penal: prisión preventiva. Revista jurídica. Cita online: PY/DOC/28/2012.

CABALLERO CANTERO, Raúl Eligio. Notas sobre la libertad en el proceso penal a dos años de la Ley Paraguaya N° 4431/2011.

CANTEROS. F. Estructura Básica de los Discursos Garantistas y Activistas del Derecho Procesal. Editorial Juris. 2012. Argentina. Pg.8.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PARAGUAY. Ley N° 1286/98.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DEL PARAGUAY.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Espasa. Año 2001.

KRONAWATER. E. Un punto de tensión entre el garantismo y el eficientismo; las medidas cautelares en el NCPP. Revista Jurídica La Ley, año 2003.

LÓPEZ C. M. Código Procesal Penal. Concordado, comentado y comparado. 3ra. Edición 2015. Intercontinental Editora.

LÓPEZ CABRAL, M. Código Procesal Penal Paraguayo. 3ra. Edición. Intercontinental Editora. Año 2015. pg. 20.

LÓPEZ CABRAL, M. De las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal. Intercontinental Editora. Asunción – Paraguay, 2013. Pg. 65.

Edwin Duarte Delgado (Costa Rica)¹

LA DEFENSA TÉCNICA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

SUMARIO

Introducción. 1.- EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL. 1.1. La ética en el ejercicio de la defensa técnica. 1.2. El secreto profesional e indemnidad de las comunicaciones abogado-cliente. 2.- DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EN EL PROCESO PENAL. 2.1. Derecho a la asistencia letrada desde la fase policial. 3.- DERECHO A LA ELECCIÓN DE UN ABOGADO DE CONFIANZA. 3.1.- Derecho a una defensa eficaz. 3.2.- Posibilidad de separación del abogado defensor del proceso penal. 3.3.- Parámetros para determinar la ineficacia de la defensa. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El proceso –siguiendo un poco al maestro Alvarado Velloso–, es un debate dialéctico entre dos partes, una pretendiente y otra resistente, sobre un mismo bien, tratando de persuadir a un tercero imparcial sobre la verdad de sus argumentaciones.

1 Licenciado en Derecho y Criminología. Especialista en Derecho Procesal Penal, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Convenio con Órgano Judicial de Panamá. Maestría en Derecho Procesal, Universidad Latina de Panamá. Maestría en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Maestría en Derecho Penal, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Convenio con el Órgano Judicial de Panamá. Doctorando en Derecho (PhD) de la Universidad Autónoma de Centro América. Miembro de Honor de la Academia Panameña de Derecho Procesal Constitucional. Miembro honorario del Colegio Provincial de Abogados de Chiriquí, Panamá. Miembro honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Cañete, Perú. Miembro honorario del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIIJUS) México. Director de Sede Pacífico Sur, UACA, 2004-2016. Directivo Presidente de JUDESUR, 2016.

En este proceso penal, existe un actor penal, que puede ser el Ministerio Público y/o el querellante, quienes persiguen, por un lado, la pretensión punitiva, junto con el de la víctima del resarcimiento y del otro, el imputado y su defensor, que buscan que se les respete el derecho a un juicio justo.

Este estudio está dedicado a la defensa en el proceso acusatorio. Su ejercicio es bien distinto según se encuentre en un proceso marcado por la omnipresencia de un Juez o de un sistema de partes. En este último se enriquece la búsqueda de la verdad, a través de un debate dialéctico entre los protagonistas del escenario procesal penal.

Hacemos necesario parangón con la jurisprudencia costarricense, en cuanto conforme con los postulados convencionales. Esta exposición no se limita al derecho de determinado país, hace un análisis a partir de los derechos humanos, sin descuidar que la Convención Americana, tiene partida de nacimiento hace ya muchos años y que el diseño procesal es bien distinto al que previó, por lo que el análisis se hace conforme nuestra realidad.

Pretendemos demostrar –en cada título–, que son conciliables el ejercicio de la libertad con el derecho del Estado de investigar los delitos y sancionarlos y que

esos requisitos supra legales establecidos en beneficio de las personas, no lo obstaculizan.

1. EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

Señala el profesor Neyra, que el proceso penal es el único medio de realización del derecho penal sustantivo, es decir, la única vía para lograr imponer una pena. En este debate dialéctico, el ciudadano no puede renunciar a las garantías jurisdiccionales y autoimponerse una pena. En el drama penal, frente a la pretensión del Estado de la sanción del delito, surge otro, el de la persona imputada a que se respeten sus derechos, concediéndole la oportunidad para ejercer adecuadamente su defensa.²

El profesor Luis Reyna citando a Binder, refiere que la garantía de defensa en juicio, es la que torna operativas las demás prerrogativas del proceso penal.³ Destacando que no es patrimonio de quien se haya sometido a un proceso penal, sino que integra la garantía de la tutela judicial efectiva.

El derecho de defensa integra el debido proceso. El principio del debido proceso legal, tiene tanta antigüedad como el hombre. En 1724 expresó una corte inglesa en el famoso caso del doctor Bentley: “Hasta

2 Neyra Flores, José A. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo I, Editorial IDEMSA, Lima, Perú, 2015, p. 244. La jurisprudencia constitucional costarricense ha señalado en el mismo sentido: “...según el cual el proceso, amén de regulado por ley formal y reservado a esta, debe en su mismo contenido ser garantía de toda una serie de derechos y principios tendientes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, y no solo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador”. (S.C.C.R. 1739-92).

3 Binder, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 151, citado por Reyna Alfaro, Luis M. **La defensa del imputado**. Perspectivas garantistas. Jurista Editores, Lima, Perú, 2015, p. 39.

Dios mismo no sentenció a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa. ¿Adán –dijo Dios–, dónde estabas tú? ¿No has comido del árbol del que no debías hacerlo?⁴

Universalmente es reconocido dicho derecho⁵. Pero la legitimidad de su consagración legislativa proviene de la vigencia de los principios de Estado de Derecho e inocencia.

Si a toda persona se le considera inocente, mientras en sentencia firme no se prueba lo contrario, existe la obligación de parte del Estado de probar, previa oportunidad, concedida al condenado, de ejercer su derecho de defensa, con un mínimo de actividad probatoria de cargo, sustentado en

prueba legal y más allá de cualquier duda razonable.

El principio de Estado de Derecho demanda que para que una sentencia sea legítima, se debieron respetar los derechos de la persona imputada, habiéndosele concedido la oportunidad de defenderse, por medio de un profesional idóneo. Si esta persona no estaba en capacidad de contratarlo, el Estado, tiene la obligación de proveerle defensa letrada.

En este sentido Larsen –citando a Binner–, señala que el concepto de inviolabilidad de la defensa no es solamente un interés disponible del imputado, sino también una exigencia de la legitimidad del proceso

4 Wade & Philips. *Constitutional Law*, (4° ed., London, 1946), pág. 276. Un estudio profundo sobre los antecedentes de la Defensa Penal, pueden encontrarse en el enjundioso estudio realizado por el jurista panameño, Dr. Boris Barrios, *La Defensa Penal*. Panamá, 2011, descargable en <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/la-defensa-penal-boris-barrios-gonzalez.pdf>

5 La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.” El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 14.3 establece: “3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; // b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; // c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; // d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;” El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en lo que interesa: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. // 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; // b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; // d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; // e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

dentro de un Estado de Derecho. Se entiende que el proceso es legítimo cuando el imputado haya tenido suficiente oportunidad de defensa.⁶

Es decir, en palabras de Larsen, el Estado solo podrá estar autorizado a privar de un derecho fundamental a un ciudadano por medio de la pena, si ha seguido el debido proceso

1.1. La ética en el ejercicio de la defensa técnica

El abogado tiene un compromiso hacia su cliente. Debe ser leal. En primer lugar, debe ser perito en la materia cuyos servicios presta⁷. Debe guardar reserva de lo conversado entre abogado cliente.

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, de las Naciones Unidas sobre Prevención, en su apartado 15 señala: *“Los abogados velarán lealmente en todo momento por los intereses de sus clientes.”*

Asimismo, en el numeral 12.b, de la misma excerta legal indica entre las obligaciones de los abogados hacia sus clientes el deber de *“Prestarles asistencia en todas*

las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses”.

Lo anterior implica que debe prepararse para asumir el caso. Preparar la prueba. No atentar contra ella, proponiendo testigos falsos o inducir o favorecer este tipo de prácticas. Tampoco se le permite coaccionar o amenazar y atentar contra la prueba, destruyéndola u obstaculizando al descubrimiento de la verdad.

Debe además lealtad a sus colegas y a los jueces y fiscales. Lealtad en el trato implica no utilizar artilugios, para atrasar los procesos, por medio de incapacidades médicas o promesas incumplidas dentro de una negociación.

Al juez le debe respeto, pero no sumisión. Ante todo, debe ser un estratega, de modo que no empañe con su conducta el resultado del proceso.

Aunque en la realidad los defensores son vistos por parte de la comunidad como asistentes de los autores de los delitos y *“solo tolerados con menosprecio”*.⁸

No obstante las autoridades públicas deben procurar, conforme lo señala el

6 Binder, Alberto. p. 333. Citado por Larsen, Pablo. **El derecho a una defensa penal eficaz y sus implicaciones**. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Editorial La Ley, Año VI, No 6, Argentina, julio 2016, pp. 134-144.

7 Importante la referencia del profesor Armando Fuentes, en su obra **Derecho Procesal Penal Panameño**. Del sistema inquisitivo al sistema acusatorio. 3º Edición, Sigma Editores, Bogotá, 2016: *“Pero además el abogado que asume la defensa técnica de una persona que se le atribuye la comisión de un hecho delictivo debe ser responsable y saber que debe proporcionar un conocimiento técnico sobre su papel.”* (p. 169).

8 Roxin, Claus. **Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de Derecho**. En pasado, presente y futuro del derecho procesal penal. Editorial Rubinzal Culzoni, Argentina, 2009, p. 39, citado por Larsen, Pablo. **El derecho a una defensa eficaz y sus implicaciones**. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año VI, No 6, Julio 2016, p. 134.

artículo 18 de Principios Básicos sobre la Función de los Abogados⁹ que *“Los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones.”*

1.2. El secreto profesional e indemnidad de las comunicaciones abogado-cliente

Esto implica que el abogado no puede transmitir –sin consentimiento de su cliente–, la información que aquel le ha confiado en el ejercicio de sus funciones. De la misma manera, en la prohibición de que el abogado pueda convertirse en testigo en la misma causa que defiende.

Estas disposiciones no están al servicio de la impunidad, sino para garantizar, en condiciones de igualdad con el acusador, la defensa en juicio.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos¹⁰, establece el derecho de la persona acusada de dar instrucciones confidenciales (Art. 93). Secreto que debe resguardar el letrado, bajo pena de incurrir en sanciones, conforme las legislaciones, de orden civil, penal y administrativo.

No puede hablarse de una asistencia letrada eficaz, sino hay garantía que la comunicación oral y escrita, que mantengan el abogado defensor y la persona imputada, no sea accedida por terceros y particularmente

por el Estado. El principio de inviolabilidad de las comunicaciones e igualdad de armas, garantiza la indemnidad de estas comunicaciones. Claro está, salvo el evento de que estas estén al servicio de la codelinquencia entre el letrado y la persona a quien presta sus servicios.

La Convención Americana de Derechos Humanos dispone, en su artículo 8.2.d, el *“...derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;”*

La protección de las comunicaciones entre el abogado y su cliente también ha sido considerada como parte del contenido esencial del derecho a la defensa y asistencia letrada, el cual se encuentra positivizado en el artículo 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A este respecto, entre otras muchas, pueden citarse las siguientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”): 5 de octubre de 2006, “Caso Marcello Viola contra Italia”; de 13 de marzo de 2007, “Caso Castravet contra Moldavia” y de 27 de noviembre de 2007, “Caso Zagaria contra Italia”.

En el caso Beatriz Weismann Lanza y Alcides Lanza Perdomo vs Uruguay, el Comité de Derechos Humanos que al no tener contacto efectivo con los abogados, los peticionarios nunca fueron informados de sus

9 Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).

10 Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

derechos y de los posibles remedios o recursos disponibles, por lo que no utilizaron ninguna vía recursiva y no tuvieron la asistencia legal efectiva, ni fueron llevados a juicio en tiempo razonable y tampoco gozaron de la salvaguardia de un juicio imparcial.

El artículo Décimo segundo inciso 4) de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, establece: *“...Se garantiza el secreto de las comunicaciones entre el imputado y su abogado en el marco de la relación profesional.”*

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, contienen algunas disposiciones en defensa de los intereses de los abogados en ejercicio de la profesión.¹¹

El artículo 8 protege el derecho de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente:

8. A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

Entre las garantías para el ejercicio de la profesión, las citadas reglas¹² establecen una serie de disposiciones relacionadas con el secreto de las comunicaciones entre abogado y si con motivo de la detención de la persona imputada hay necesidad de vigilarlo, esta debe ser visual, sin que autorice intervenir o imponerse del coloquio.¹³

11 “93. El acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. Podrá preparar y dar a éste instrucciones confidenciales. Para ello, se le proporcionará, si lo desea, recado de escribir. Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario.”

12 Se establecen las siguientes garantías:

“16. Los gobiernos garantizarán que los abogados a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas; b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior; ...

(...) // 18. Los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones. (...) // 22. Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional. // En el mismo sentido pueden consultarse las reglas mínimas del tratamiento de reclusos establece de la misma manera: // 93. El acusado está autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. (...).”

13 Existe un antecedente jurisprudencial.- En efecto, la Sala Constitucional costarricense mediante resolución número 6378/1995 (dictada dentro del expediente 95-004952-0007-CO), resolvió siguiente: *“IV.- Además de lo dicho arriba, se observa que en este asunto hay una especial circunstancia, cual es que los funcionarios a quienes se pretende sancionar disciplinariamente pertenecen a la oficina de defensores públicos, que asumió la defensa del imputado en el proceso penal en que se hicieron las intervenciones telefónicas. Se considera que ello es una circunstancia excepcional, porque aún en aquellos casos en que la intervención de*

Sobre el valor de tales instrumentos internacionales, la jurisprudencia costarricense ha establecido que integran el bloque de constitucionalidad.¹⁴

2. DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EN EL PROCESO PENAL

La persona acusada de delito, conforme lo señala el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene derecho a ser asistida por un abogado, en la sustanciación del proceso seguido en su contra. No enerva tampoco la posibilidad de defenderse personalmente.

La distinción entre defensa técnica y defensa material, parte del sujeto que la ejerce. Si es la persona imputada nos

referimos a la segunda y si ella es ejercida por un letrado, estamos haciendo referencia a la primera.¹⁵

La defensa técnica por exigencia de igualdad –señala Cafferata–, implica también la equivalencia de conocimientos jurídicos entre acusador y acusado, lo que demanda que este cuenta con un abogado que lo asista y represente legalmente, por encontrarse en el proceso penal en la situación de quien no conoce el lenguaje cabalístico de la curia, para saberse entender.¹⁶

Tijerino sostiene que por defensa técnica debe entenderse la actividad desplegada por un jurisperito (o la deliberada inactividad), antes y durante el proceso penal, en pro de los intereses de la persona amenazados por una imputación penal.¹⁷

la comunicación privada se hiciera en observancia de los requisitos impuestos en el artículo 24, cuando esta se trate de conversaciones del imputado con su defensor las comunicaciones son absolutamente confidenciales, al grado que incluso la confesión del delito que se esté investigando no podría utilizarse válidamente como prueba directa o indirecta en el mismo proceso penal. Esta conclusión se deriva además del artículo 24, del 39 constitucional, que contempla el derecho de defensa, según el cual es evidente que el imputado debe tener “el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor” (sentencia número 1739- 92 de las 11:45 horas. del 1(de julio de 1992), con el fin de poder ejercer tal derecho ampliamente. En este mismo sentido, en los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados adoptados por la Organización de las Naciones Unidas se indica: “8. A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.” En el mismo instrumento internacional se agrega: “22. Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional.” Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe sobre el tema en el numeral 8, inciso d): “derecho al inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.”

14 Cfr. Sala Constitucional votos 5759-93 y 3435-92.

15 Llobeth, Javier. **Proceso Penal comentado**. Código procesal penal comentado, 5 edición, 1 reimpresión, EJC, SJ, 2014, p. 72.

16 Cafferata N. José I. y otros. **Manual de Derecho Procesal Penal** 3º edición, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2012, p. 268.

17 Tijerino José M. et alii. El derecho de defensa. En: *Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006 p. 211. Justifica el derecho de defensa en reguardo de los principios de libertad e inocencia. En igual sentido que Cafferata, Tijerino sostiene que para enfrentar una imputación penal no se requiriera de conocimientos jurídicos y de un distanciamiento psicológico del conflicto que aquella implica, que no puede lograr el imputado, no habría necesidad de la defensa técnica ni justificación de la figura del defensor.

Por su parte Reyna Alfaro afirma que el propósito de la defensa técnica es lograr que la persona sindicada cuente con una defensa efectiva, lo que supone que el abogado tendrá posibilidades ciertas de realizar actos defensivos en nombre de su asistido, lo que implica, ante todo, la posibilidad oportuna que tuvo el abogado de acceder en tiempo razonable a las constancias del expediente.¹⁸

Señala Roxin que el defensor es un garante de la persona imputada del respeto a la presunción de inocencia conforme al Estado de Derecho, es un derecho irrenunciable, pues en la mayoría de las veces el imputado no está en condiciones de responder a las necesidades de su propia defensa.¹⁹

En la Opinión Consultiva OC11/90 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que en aquellos casos en los cuales una persona acusada se ve obligada a defenderse a sí misma porque no puede pagar asistencia letrada, podría presentarse como una violación al artículo 8 de la

Convención si puede probar que esa circunstancia le produjo desmedro al derecho al debido proceso.

En el caso *Derrick Tracey vs Jamaica* (20 julio 2006) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala que el derecho a la asistencia letrada se vincula directamente con la protección del acusado contra confesiones forzadas. (Párrafo 28), lo que comporta una prerrogativa de que este derecho exista en todas las etapas importantes del proceso, en especial, cuando la persona imputada está detenida, así como el derecho de que el abogado esté presente al momento de rendir declaración.

2.1. Derecho a la asistencia letrada desde la fase policial

La persona a quien se le enrostre, desde el primer momento del procedimiento, como posible autor o partícipe de un hecho delictivo²⁰, tiene derecho a contar con asistencia y representación letrada.

18 Reyna Alfaro, Luis M. La defensa del imputado. Perspectivas garantistas. Jurista Editores, Lima Perú, 2015, p. 59.

19 Derecho procesal penal. Editores El Puerto, Argentina, 2003, p. 132.

20 En este sentido, tiene importancia determinar, quién tiene la condición de persona imputada. Esto nos lleva a una conclusión sencilla, el imputado adquiere la calidad de tal, desde el momento en que haya en su contra indicios comprobados de delito, no a partir de la acusación, concepto que sí se haya acuñado en la jurisprudencia norteamericana (Cfr. Caso *Miranda*). Tal criterio lo externa también **Fernando de La Rúa**, para quien puede hablarse de imputado; *"...Aun antes de que la acción penal haya sido ejercida o que de dicha relación se constituya, tiene ya ese carácter quien simplemente ha sido sindicado como supuesto partícipe de un hecho delictivo en cualquier momento de la investigación, entendiéndose por tal, cualquier acto o serie de actos cumplidos por los órganos penalmente predispuestos y tendientes a la averiguación de un hipotético delito."* (Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XV, Impo-Insa, Bibliográfica Omeba, Driskill, S.A., 1989, Bs Aires, pág. 248).

Esa misma conclusión se extrae de la lectura de un párrafo escrito por el **Dr. Fernando Cruz**, quien señala lo siguiente: *"...El derecho de defensa debe surgir desde el momento en que se produce la imputación mediante cualquier acto "... imputativo inicial que se cumpla en contra de una persona, tanto si esta es detenida por orden judicial o aprehendida por la autoridad policial o un particular, al presumirse que es partícipe (autor, cómplice o instigador) de un hecho delictivo, cuando se la indica como tal en cualquier acto inicial del procedimiento (...). Cualquier acto inicial del procedimiento, aunque no sea estrictamente judicial, hace surgir el derecho de defensa..."* (**La Defensa Penal: Capítulo 2 Los Límites de la Acción Represiva del Estado**. Escuela Judicial (Material Poligrafiado) ILANUD, San José, Costa Rica, 1991).

Con ello se pretende evitar formas de coacción moral contra la persona imputada en esa fase y potenciar el derecho a la bilateralidad de la audiencia.

El derecho a la asistencia letrada debe garantizarse desde el momento mismo de la detención. Garantizar que toda confesión o manifestación “espontánea” se ha producido por parte de la persona imputada “...sea vertida en un ambiente sin presión, intimidación o coerción, y sea, por tanto, realmente voluntaria.” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derrick Tracey vs Jamaica* (20 julio 2006, párrafo 28).

La Jurisprudencia norteamericana incorpora el concepto de “coacción inherente” (Caso *Miranda v. Arizona*). Se trata del interrogatorio en sede policial, sin mediar coacción en el sentido tradicional (violencia física o trabajo psicológico), pero que resulta coaccionante por la atmósfera de intimidación que rodea al individuo que es arrancado de su ambiente natural para ser sometido a custodia policial, rodeado de fuerzas antagónicas y sometido a interrogatorio de personas que naturalmente o por deformación profesional presentan un especial celo en la represión del delito.

En un ambiente de este tipo, se destruye la dignidad humana, socavando la libertad hasta impedir una libre elección por la que el sujeto termina por sucumbir.²¹

Muchos códigos procesales penales del área prevén esta garantía del derecho de defensa en la sede policial; Costa Rica (arts. 12, 13), Panamá (arts. 10, 98), Nicaragua (arts. 4, 101), Colombia (arts. 8, 119), Perú (arts. IX, 84, 86).

La importancia de dicha asistencia y representación desde los primeros momentos de la vinculación de la persona con un hecho delictivo, radica también, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Barreto Leiva vs Venezuela* (17 diciembre 2009)²²: “...En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada...” (Párrafo 29).

La defensa técnica, en esta fase, como se dijo puede postular, contradecir, poner excepciones. El profesor Edwards cita

Es decir, contra esa persona debe existir indicio comprobado de delito que define la jurisprudencia constitucional costarricense como: “...la existencia real de una información objetiva capaz de producir un conocimiento probable de una imputación delictiva...” (V.3559-97).

21 Minvielle, citado por Edwards, Enrique. *El Defensor Técnico en la Prevención Policial*. Astrea, Bs Aires, 1992, pág. 75.

22 “El derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte el ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención...” (Párrafo 29)

alguna de las atribuciones de la defensa técnica en esta fase: a.- facultad de comunicarse con su cliente durante el periodo de incomunicación o detención, b.- facultad de presenciar y participar en la declaración del imputado, c.- facultad de asistir y controlar los actos definitivos e irreproducibles, y d.- facultad de proponer medidas y diligencias probatorias a la preventora.²³

3. DERECHO A LA ELECCIÓN DE UN ABOGADO DE CONFIANZA

Para garantizar el principio de paridad de armas, entre el actor penal y la defensa, debe garantizarse a la persona imputada, el derecho a contar con un abogado que lo asista. Si la persona no tiene los medios para contratar los servicios, es deber del Estado garantizar este derecho.

En el caso **Vélez Loor vs Panamá**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo: *“...en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar la decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de estas personas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.”* (Parágrafo 146)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en **Pakelli vs Alemania** (25 abril 1983), señaló el deber del Estado de procurar asistencia letrada y garantizar el principio de igualdad de armas, en los supuestos de indigencia.

3.1. Derecho a una defensa eficaz

La obligación de permitir y/o conceder la defensa técnica, no se agota con la sola designación del abogado. Esta debe ser eficaz, oportuna. No basta el solo nombramiento del letrado, este debe asistir a la persona imputada desde el momento mismo de que figure como tal, incluso desde la fase policial.

En el caso **Tibi vs Ecuador** (7 septiembre 2004), la Corte Interamericana (parágrafo 194) expresó la obligación del Estado de proveer defensa letrada. En el fallo **Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador** (21 noviembre de 2007), la Corte declaró que en especial la asistencia letrada debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar las medidas adecuadas. (Parágrafo 158)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso **Artico vs Italia** (13 mayo 1980) sostuvo que el Convenio habla de asistencia y no de designación de abogado defensor, y ello porque la segunda no garantiza por sí mismo la efectividad de la primera, pues el abogado de oficio puede morir, enfermarse gravemente, tener un impedimento permanente o eludir sus deberes. (Párrafo 33)

3.2. Posibilidad de separación del abogado defensor del proceso penal

Debe determinarse si es posible, que el Juez, en resguardo de los derechos de la persona imputada, pueda separar al abogado defensor del proceso penal, cuando su actuación no es eficaz.

23 Ob. cit. P. 140.

Misma interrogante se plantea Caffera et alii, al señalar: que la paridad de armas, requiere de una actividad profesional diligente y eficaz del defensor, llegándose a considerar, si así no ocurriera, en un abandono implícito de la defensa, con la posibilidad de sustitución del abogado y la eventual nulidad de los actos procesales cumplidos.²⁴

Reyna Alfaro sostiene que si la garantía de defensa efectiva impone a los órganos de administración de justicia la obligación de cautelar que el abogado defensor efectivamente tutele los intereses de su patrocinado, el derecho a la defensa eficaz debe tener carácter irrenunciable.²⁵

Inocultablemente hay una regla de independencia de la función de abogado. Esa independencia lo es sobre su estrategia de defensa. Si es pasiva o activa. Si ese trabajo profesional lo es conforme los dictados de su conciencia y de sus conocimientos. Ahora bien, lo primero que tenemos que determinar es si resulta lícito al Tribunal separar al abogado defensor.

En el Sistema Interamericano el artículo primero la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o so-

cial, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Lo anterior implica que existe un deber de los Estados de hacer respetar los derechos reconocidos a las personas. El incumplimiento de esas obligaciones, genera responsabilidad internacional. Se establece que:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” (Artículo 2 CADH).

En consecuencia, los tribunales tienen el deber de garantizar que el derecho de defensa sea efectivo, es decir, no solo prestado por profesionales competentes, sino que su actuación sea diligente, pudiendo separar del proceso penal, a los abogados que perjudiquen la causa de sus clientes.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso **Artico vs Italia** (13 mayo 1980) sostuvo “*El Tribunal establece que no cabe imputar a un Estado la responsabilidad de todo incumplimiento realizado por un abogado de oficio, pero en las circunstancias del presente caso incumbía a las autoridades italianas competentes garantizar al demandante el ejercicio efectivo del derecho que ellas habían reconocido. Cabían dos soluciones: sustituir al defensor... o, llegados al*

24 **Manual de derecho procesal penal.** 3ª edición, Universidad Nacional de Córdoba Argentina, 2012, p. 271.

25 Ob. cit. P. 60.

momento justo, obligarle a cumplir su tarea. Finalmente se decidió por optar por una tercera vía; la pasividad aun cuando el respeto al Convenio exigía por su parte la adopción de medidas positivas.” (Parágrafo 36). En el mismo sentido se ha pronunciado en **Kamasinski vs Austria** (19 diciembre 1989) al establecer que es obligación de las autoridades intervenir en los supuestos en que la deficiencia de la asistencia legal es manifiesta y en **Daud vs Portugal** (21 abril 1998).

3.3. Parámetros para determinar la ineficacia de la defensa

Escindir cuando una defensa activa o pasiva, responde a una estrategia del abogado y no a una incuria del profesional, es cuestión harto difícil de elucidar. Pues existe una regla de independencia del ejercicio de la defensa y esta manda a que el abogado se dirija conforme los dictados de su conciencia.²⁶

En el caso **Goddi vs Italia** (09 abril 1984) señaló que no es misión del Tribunal pronunciarse acerca de la manera como se condujo el abogado defensor, si actuaba conforme a los dictámenes de su conciencia. Pero rescata la obligación del Tribunal de intervenir frente a la defensa inefectiva. (Parágrafo 31)

En el caso **Kamasinski vs Austria** (19 diciembre 1989) se insiste en la obligación de designar asistencia letrada y el deber de actuar de los Estados, frente a una negligencia manifiesta del abogado, más no el simple descontento de la persona imputada. Se advierte también la diferencia entre asistencia y representación de la persona imputada.

En **Daud vs Portugal** (21 abril 1998) dijo:

El Tribunal recuerda que la Convención Europea está diseñada para garantizar derechos que no son teóricos ni ilusorios sino derechos que son prácticos y eficaces y que asignar a un abogado defensor en sí mismo no garantiza la eficacia de la ayuda que puede permitirse a un acusado (...) en virtud del artículo 63.c las autoridades nacionales están obligadas a intervenir solo si el incumplimiento por parte de un abogado de oficio por una representación eficaz es manifiesto o suficientemente señalado a su atención de alguna otra manera...

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el antecedente **Czekalla vs Portugal**, estimó violatorio al derecho a la asistencia legal, la impericia del abogado de presentar recursos que fueron rechazados por ausencia de requisitos, lo cual privó a

26 Importante destacar el enjundioso estudio del profesor Carlos Humberto Góngora; “Principios Constitucionales Penales Adjetivos o Procesales” publicado en la red en el que sintetiza la jurisprudencia constitucional costarricense sobre el tema. “Sobre la defensa técnica “no puede coartarse la intervención del defensor salvo que tenga intereses contrapuestos con su defendido.” S.C.V.V. 9803-99, 635-00, 5289-00, se extiende con que “incluye el derecho de abstención de la concubina en unión de hecho.” S.C.V.V. 3406-93; 118-95; 3443-96; 8187-99; 2000-0154; e, “indudablemente la defensa técnica es un componente del debido proceso, pero ello no obsta para que el imputado no pueda defenderse personalmente cuando así lo considere pertinente.” S.C.V. 5347-98.” (<https://cgongoraf.wordpress.com/2014/12/02/principios-constitucionales-penales-adjetivos/>)

su defendido del derecho al recurso, con la agravante que se trataba de un extranjero que no domina el idioma del procedimiento legal.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Roberto Moreno Ramos vs Estados Unidos** (28 de enero de 2005) fustiga la actitud del abogado de no haber presentado al jurado ninguna prueba de la existencia de atenuantes, en relación con los antecedentes personales del cliente. (Párrafo 53) y advierte que el señor Moreno Ramos careció de un foro en que pudiera

impugnar eficazmente el desempeño de sus abogados y ningún tribunal interno evaluó la eficacia de los mismos. (Párrafo. 55)

La Sala Constitucional costarricense, de modo reiterativo ha señalado que solamente quebranta el derecho de defensa, la negligencia manifiesta del abogado defensor durante el proceso²⁷. (Cfr. 3560-96, 5425-96, 4847-96). Que una defensa técnica improvisada, inadecuada y con intereses contrapuestos puede violentar el debido proceso, si ocasiona indefensión a la persona imputada. (Cfr. 3146-97)²⁸ Escinde

27 “El simple hecho de que el defensor no haya utilizado los recursos procesales que el Ordenamiento Jurídico pone a su alcance, no implica violación alguna al debido proceso, pues la conveniencia de interponer tales recursos obedece a la estrategia propia del defensor...” (sentencia número 6537-94, de las doce horas cincuenta y siete minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro).- La valoración que haga el sentenciado sobre la ineficiencia o falta de diligencia de su defensor no puede considerarse como una infracción al debido proceso, salvo que se trate de un caso en que esa actuación fuera del todo negligente o se evidencie que se dio en forma contraria a los intereses del defendido.» (sentencia número 5966-93, de las quince horas doce minutos del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres).- En cuanto a la deficiente estrategia ejercida por la defensa, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que no necesariamente causa indefensión. Esa es la regla de principio sentada por la Sala. Ha agregado, eso sí, que si del expediente penal de base se desprendiera una manifiesta y grave negligencia de parte del defensor, que pueda llevar a entender que efectivamente ha habido una indefensión, entonces sí podríamos estar en presencia de un aspecto que integra el debido proceso.» (sentencia número 6929-95, de las quince horas seis minutos del diecinueve de diciembre del año anterior).- Tampoco el cambio de defensor al imputado ocasiona por sí mismo indefensión; tal lesión constitucional únicamente se produce si del análisis concreto del expediente se desprende que al ser constante obstaculizó el efectivo ejercicio de la defensa técnica del imputado, es decir, que esa circunstancia impidió la formulación de aquellas incidencias o recursos tendientes a favorecer o defender legítimamente los intereses de aquél, o en su caso, a formular debidamente la estrategia de defensa, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si no se le otorgara al nuevo defensor el tiempo y los medios necesarios para garantizarle al imputado su derecho constitucional a la defensa técnica; lo que no ocurre en aquellos casos en que, a pesar del cambio de defensor, se pudo materializar efectivamente en la práctica, ese derecho.” (S.C.C.R No.3560-96)

28 “...En este sentido, considera la Sala que si se llega a determinar que efectivamente el encartado tuvo una inadecuada defensa técnica, improvisada, con intereses contrapuestos, y que tales vicios fueron de tal magnitud que le causaron indefensión al reo, es claro, que nos encontramos frente a una violación al debido proceso. Con relación a este tema, la Sala ha señalado en oportunidades anteriores, que “...es claro que la asistencia legal del profesional debe darse durante todo el proceso, por lo que podría acarrear violación al derecho de defensa el ejercicio impropio de la defensa si llevase algún tipo de indefensión por omisión o acción errada de parte del profesional encargado, pero no el hecho de discrepar acerca del ejercicio que sostuvo un profesional durante la defensa realizada, ya que cada cual tendrá su propia estrategia de defensa.” (véase al respecto, la resolución número 4216-95). ...”

entre la negligencia y la negligencia manifiesta. (Cfr. SC 4386-96, 5428-96)²⁹

Es importante tener diferenciado los supuestos de defensa pasiva con los casos de incuria. Para que en la práctica no se perviertan los valores y se hagan valer las garantías del derecho a la elección de un abogado de su confianza, en contra de la persona imputada.³⁰

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El derecho de defensa efectiva, permite el ejercicio de todos los demás que integran el debido proceso.

Los alcances del derecho de defensa, parecen estar bien establecidos. En la práctica penal, es en la apreciación de las circunstancias y los hechos, donde se demerita el derecho a la defensa en juicio. Cuando se inobservan las reglas de la sana crítica al valorar las circunstancias en las cuales se impone la prisión preventiva, cuando se socorren de falacias en la argumentación, al momento del dictado de la sentencia. Cuando se revierten las reglas procesales relativas a las cargas probatorias. En los recaudos en la incorporación de las declaraciones de las personas menores de edad y las presunciones de veracidad que las embadurnan los jueces, que hacen de la regla de inocencia, inaplicable.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIOS, Boris, La Defensa Penal. Panamá, 2011, descargable en <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/la-defensa-penal-boris-barrios-gonzalez.pdf>
- BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- CAFFERATA N. José I. y otros. Manual de Derecho Procesal Penal. 3ª edición, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2012.
- EDWARDS, Enrique, El Defensor Técnico en la Prevención Policial. Astrea, Bs Aires, 1992.

29 “II. Sobre el particular, resultan de interés, las sentencias números 1416-95, de las quince horas treinta minutos del catorce de marzo, y 6929-95, de las quince horas seis minutos del diecinueve de diciembre, ambas del año anterior. En esta última se indicó: En cuanto a la deficiente estrategia ejercida por la defensa, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que no necesariamente causa indefensión. Esa es la regla de principio sentada por la Sala. Ha agregado, eso sí, que si del expediente penal de base se desprendiera una manifiesta y grave negligencia de parte del defensor, que pueda llevar a entender que efectivamente ha habido una indefensión, entonces sí podríamos estar en presencia de un aspecto que integra el debido proceso...”

30 Bajo el título “Jueza saca a abogado de caso por ‘desconocer’ materia penal”, la prensa escrita costarricense, da cuenta de una jueza del Juzgado Penal de San José, separó a un abogado querellante durante una audiencia preliminar celebrada el martes de la semana pasada, al justificar que no tiene conocimiento del derecho penal. Esta comunicación, generó un debate sobre las potestades del juez de separar al abogado del proceso, por una especie de abandono tácito de la defensa. Y cuando, esta apreciación del juzgador, proviene de datos objetivos.

- EDWARDS, Enrique, Manual de derecho procesal penal. 3º edición, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2012.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, T. XV, Impto-Insa, Bibliográfica Omeba, Driskill, S.A., Buenos Aires 1989.
- FUENTES, Armando, Derecho Procesal Penal Panameño. Del sistema inquisitivo al sistema acusatorio. 3º Edición, Sigma Editores, Bogotá, 2016
- ILANUD, La Defensa Penal: Capítulo 2 Los Límites de la Acción Represiva del Estado. Escuela Judicial (Material Poligrafiado), San José, Costa Rica, 1991).
- LARSEN, Pablo. El derecho a una defensa penal eficaz y sus implicaciones. En Revista de Derecho Penal y Criminología. Editorial La Ley, Año VI, No 6, Argentina, julio 2016.
- LLOBETH, Javier, Proceso Penal comentado. Código procesal penal comentado, 5 edición, 1 reimpresión, EJC, SJ, 2014.
- NACIONES UNIDAS, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).
- NEYRA FLORES, José A. Tratado de derecho procesal penal. Tomo I, Editorial IDEM-SA, Lima, Perú, 2015.
- REYNA ALFARO, Luis M. La defensa del imputado. Perspectivas garantistas. Jurista Editores, Lima, Perú, 2015.
- ROXIN, Claus. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de Derecho. En pasado, presente y futuro del derecho procesal penal. Editorial Rubinzal Culzoni, Argentina, 2009.
- TIJERINO José M. et alii. El derecho de defensa. En Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006.

LA SUFICIENCIA PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como aspecto doctrinario y práctico, que en la determinación de la responsabilidad penal a un imputado por la presunta comisión de un delito, los jueces de las instancias penales hacen referencia o invocación a la suficiencia probatoria (o actividad probatoria suficiente) para motivar desde una perspectiva de los medios de prueba, si los hechos y la conducta del imputado se ajusta a la acusación del Ministerio Público en cada caso en concreto.

Conforme la investigación realizada en la jurisprudencia sistematizada del Poder Judicial, pudimos advertir que si bien es cierto, la suficiencia probatoria es puesta de manifiesto en diversos fundamentos de las sentencias penales, tanto para la condena como absolución del imputado, sin embargo no se aprecia el desarrollo conceptual o motivacional que determine o exponga el por qué, los medios probatorios admitidos

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho Procesal y Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Catedrático del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar. Docente Ordinario de la Universidad Autónoma del Perú. Expositor en los Diplomados de Derecho Procesal del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Colaborador de artículos jurídicos en la Editorial Gaceta Jurídica. Autor del Libro: Lecciones de Teoría General del Proceso. Presidente del Centro Latinoamericano de Investigaciones de Derecho Procesal (CLIDEPRO). Miembro Honorario de los Colegios de Abogados de Cusco, Huánuco y Cañete. Miembro Honorario del Instituto Latinoamericano de Derecho. Email: cli-depro.peru@gmail.com

y actuados en el proceso penal resultan ser “suficientes” en la decisión de los jueces en una sentencia, con lo cual, trataremos de desarrollar su contenido conceptual y así se garantice el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales siendo la sentencia la que determinará la libertad o encarcelación del acusado.

I. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

En su oportunidad, Francesco Carnelutti afirmó: “los hechos que el juez mira o escucha se llaman pruebas. Las pruebas (de probare) son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor, en una máxima probabilidad. Un juicio sin pruebas no se puede pronunciar; un proceso no se puede hacer sin pruebas. Todo modo de ser del mundo exterior puede constituir una prueba”.²

Ahora bien, en términos de la identificación de la función de la prueba en el ámbito procesal, se pueden identificar los siguientes aspectos:³

- a. La expresión prueba utilizada como medio de prueba: hace referencia a aquellos elementos que dan a conocer los hechos en cuestión, permiten confrontar y realizar afirmaciones que posteriormente reconstruirán esos hechos: los medios de prueba desempeñan así una función cognoscitiva de los hechos que se pretenden probar.
- b. El término prueba como resultado probatorio: es el producto alcanzado a través de los medios de prueba, es el conocimiento del hecho: las pruebas desempeñan una función justificadora, pues son elementos para elegir racionalmente las diversas aserciones en el proceso, confirmándolas o refutándolas.
- c. El vocablo prueba como procedimiento probatorio: aquí participan los dos significados anteriores. Cuando la palabra prueba es utilizada en este sentido, se refiere a un proceso mediante el cual se constatan los hechos más importantes para la decisión, a través de los medios de prueba; es decir, se formulan o verifican enunciados asertivos sobre esos hechos.

Dentro de la actividad probatoria que se presenta en todo proceso judicial, está presente la valoración de la prueba como etapa en la cual el juez debe analizar los medios probatorios admitidos y actuados en mérito a sus conocimientos jurídicos, racionales y máximas de la experiencia para determinar si el acusado es culpable o no. De esta manera, la decisión del juez estará debidamente justificada sobre los elementos (jurídicos, racionales y de experiencia) ya expuestos, con lo cual motivará si está o no probada, una determinada proposición sobre los hechos de un caso.

Los desarrollos doctrinales que en relación a las reglas de la sana crítica se han producido, han establecido la distinción

2 CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Bogotá, Colombia. Temis: 2004. p. 57-58.

3 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Madrid, España. Marcial Pons: 2004. p. 84 y 85.

entre la sana crítica y libre convicción. Ello, por cuanto “las reglas que rigen a la primera constituyen pautas diseñadas para estructurar el criterio de juzgamiento tomando como materiales para tal efecto la atmósfera o ambiente generado por un proceso determinado, los parámetros que le suministra al funcionario judicial tanto su propia experiencia como la experiencia histórica acumulada en la Administración de Justicia, y, en muchos casos, las reglas producidas en el proceso evolutivo de ciencias, técnicas y artes en los que se apoya la actividad judicial”.⁴

En ese sentido, es de anotar que la lógica y la facticidad juegan un papel dominante en la estructuración de las reglas de la sana crítica, por lo que, estas no pueden ser consideradas como las apreciaciones originadas en la libre convicción del juez, sino por el contrario, como criterios de valoración probatoria que tienen un carácter objetivo y lógico; es decir, porque tales reglas no se fundan en el prejuicio del juez, sino en elementos y fundamentos que procuran objetividad a la decisión judicial.

Siendo así, será necesario evaluar si las pruebas valoradas son “suficientes” para considerar si la tesis de las partes, esto es, del Ministerio Público, Imputado y Actor Civil, se encuentran probadas, estableciendo que la suficiencia puede ser fijado por el Derecho de diversos modos, como ocurre, por ejemplo, cuando se funda la acusación mediante una convicción “más allá de toda duda razonable”.

Para comprender si los elementos de valoración de prueba cumplen en el proceso penal sobre el debido análisis de los hechos, los sistemas procesales penales en los que rige el sistema de libre valoración como de la sana crítica, resulta útil diferenciar analíticamente dos momentos que integran lo que globalmente designamos como valoración de la prueba⁵:

El primer momento: sobre valoración probatoria en sentido estricto, se refiere a la determinación del apoyo empírico que los elementos de prueba aportados proporcionan a las hipótesis sobre los hechos del caso que se enfrentan en el proceso. **Asumiendo una concepción racional de la libre valoración**, en este momento se trata de evaluar las relaciones de corroboración o confirmación que es posible establecer entre los elementos de juicio que aportan las evidencias disponibles y las proposiciones sobre los hechos del caso que son objeto del proceso, sobre la base de los conocimientos científicos de que disponemos y de las generalizaciones empíricas comúnmente aceptadas (máximas de la experiencia).

El segundo momento: sobre el resultado de la valoración en sentido estricto consiste, entonces, **en la individualización de las pruebas que corroboran las proposiciones sobre los hechos del caso sostenidas por las partes y la identificación de los factores que inciden en su mayor o menor fuerza probatoria** (las cuestiones relativas a la credibilidad o

4 PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá, Colombia. Librería del profesional: 2007. p. 248.

5 FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid, España. Marcial Pons: 2007. p. 41.

autenticidad del elemento de prueba, su carácter de prueba directa o indirecta, la validez o fundamento empírico de las generalizaciones en que se basan las inferencias probatorias), así como en la determinación de las pruebas desestimadas por su irrelevancia respecto de las proposiciones que se trata probar o por los defectos que les restan fuerza probatoria.

Conforme a la forma inductiva del razonamiento probatorio, las pruebas admitidas no pueden demostrar la verdad de las proposiciones fácticas que han sido objeto del proceso, sino que solo las corroboran en menor o mayor medida, en el que se trata de determinar si esas pruebas o, dicho de otra manera, el grado de corroboración que ellas aportan a las proposiciones fácticas en cuestión, es “suficiente” para tenerlas por probadas.

Precisar cuál es el nivel de suficiencia en un determinado procedimiento es la tarea propia de los estándares de prueba, **para determinar cuándo resulta justificado aceptar o rechazar una proposición fáctica en un proceso judicial**, a pesar de las condiciones de incertidumbre que se presentan en él, y de esta manera, asumir una decisión condenatoria o absolutoria en el caso concreto.

II. ESTÁNDARES DE SUFICIENCIA PROBATORIA

Teniendo presente la concepción moral de larga tradición en Occidente, respecto de las finalidades del proceso penal como la justicia y la verdad, además de los costos sociales de la condena penal errónea de un inocente, por la afectación que puede implicar de bienes fundamentales del sujeto, como la libertad y la honra, justificarían que

ese error se considere de mayor gravedad que el error al absolver a un culpable.

Sin embargo, esta valoración diferenciada de la gravedad de los errores en que es posible incurrir al no representar debidamente los hechos en un proceso penal, por la realidad social en la que están en curso las sociedades americanas como la peruana, aun con la vigencia del Principio de Presunción de Inocencia, ha traído como consecuencia que es preferible condenar a un inocente que absolver a un culpable, por lo que, la concepción moral clásica ha sido invertida, por otra, **donde la seguridad ciudadana es un Principio Social que de acuerdo a la percepción de una sociedad en concreto, se ha convertido en uno de los fines del proceso penal.**

De acuerdo al contexto social que exige un proceso penal estigmatizado bajo el ideal de la seguridad ciudadana, crearía un contexto jurídico probatorio, donde los estándares probatorios sean menos exigentes para que puedan tenerse por probadas las proposiciones fácticas sostenidas por la acusación, con lo cual podemos concluir que una “mínima” suficiencia probatoria será **suficiente** para condenar a un imputado.

Lo sostenido anteriormente, colisiona con el estándar probatorio: “más allá de toda duda razonable”, siendo esta afirmación una garantía constitucional y penal para el acusado, como bien lo dice, Taruffo cuando afirma que: “el significado central que se expresa a través de ese estándar es evidente: este requiere un grado particularmente alto de convicción de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que solo admite la presencia de dudas ‘irrazonables’,

con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente”⁶.

Es importante señalar que el estándar de convicción: “más allá de toda duda razonable”, es propio del derecho anglosajón, sin embargo en los sistemas jurídicos americanos, en lo que concierne a la prueba, no tenemos experiencias de los sistemas de common law para evaluar si las pruebas aportadas permiten considerar “suficiente” aquel grado particularmente alto de confirmación de los hechos planteados por las partes, ya que en dichos sistemas penales existe los denominados juicios por jurados.

III. CONTENIDO O ELEMENTOS QUE COMPONEN LA SUFICIENCIA PROBATORIA

En el razonamiento probatorio judicial –y en general cuando se trata de cuestiones empíricas– no es posible alcanzar racionalmente conclusiones verdaderas o exactas, ya que una hipótesis fáctica que deba tenerse por probada puede, sin embargo, merecer algún grado de duda; con lo cual, el estándar sería: qué grado de duda puede ser tolerable. El término “suficiente” revela que la función del estándar de prueba es determinar cuándo los elementos de prueba son suficientes, o dicho de otro modo, cuál es el grado (mínimo o máximo) de convicción suficiente, es decir, cómo se representan los hechos planteados por las partes para llegar a un grado de certeza admitiéndose dudas tolerables, acorde con los conocimientos jurídicos, racionales y las máximas de la experiencia.

Sin embargo, la invocación de la “suficiencia” es meramente enunciativa sea en el proceso penal como en los otros procesos, en el que se afirma: “sobre la base de los elementos de prueba que antes han sido identificados –o, en el mejor de los casos, analizados– el tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que los hechos se encuentran acreditados”; siendo este relato un estándar (por decirlo: mínimo) probatorio que se agota en la pura afirmación de la existencia de convicción, sin que se aborde, a través de una justificación reflexiva, la cuestión de la “suficiencia” de las pruebas.

Los estándares vinculados a las pruebas suficientes (denominado también: suficiencia probatoria), se fundamentan en una declaración de culpabilidad del acusado o acusados, siendo relevante la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cantoral Benavides vs. Perú, de 18 agosto 2000 que declara en el apartado 120, que: “El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista **prueba plena** de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”. (Subrayado y negrita nuestro)

El término suficiencia también se encuentra mencionado en el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal de 2004 cuando establece que la presunción de inocencia requiere, para ser desvirtuada, de una **suficiente** actividad

6 TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid, España. Marcial Pons: 2010. p. 249.

probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales; sin embargo no se establece su contenido o elementos para que el juez pueda motivar debidamente en un caso concreto sobre la condena o absolución en mérito a los hechos imputados.

Estando planteado el tema de los estándares para la configuración de la suficiencia probatoria, es importante la crítica que proviene de los seguidores de los sistemas de libertad de valoración probatoria, quienes afirman que tales reglas suponen una injerencia en las facultades de libre valoración que tienen los tribunales y supone la reaparición de reglas de prueba tasada, sin embargo, la jurisprudencia o incluso la propia ley puedan establecer determinadas reglas objetivas de utilización de la prueba así como de suficiencia probatoria (reglas de la sana crítica), indicando al juez cuáles son las condiciones objetivas requeridas para la utilización de algunas pruebas en relación a los hechos planteados por las partes, pero no determinan con carácter previo el valor o mérito de las mismas, esto es, su capacidad de persuasión para una condena o absolución.

El Juez, una vez constatada la concurrencia de tales condiciones, mantiene su libertad para atribuirles o no, valor probatorio en orden a estimar desvirtuada la presunción de inocencia, siendo los fundamentos racionales, jurídicos y de experiencia, para determinar si los medios de prueba en mérito a los hechos imputados (sucesos y conducta del acusado) resultan ser suficientes para una condena, aceptando un marco de duda tolerable, ya que, como afirmamos, la expresión “más allá de toda duda razonable”, es un ideal anglosajón que no tiene experiencia probatoria en nuestro ordenamiento jurídico, ya que no tenemos un sistema de juzgamiento por jurados.

La suficiencia probatoria es aquella valoración que se presenta cuando los elementos de prueba están referidos a los hechos objeto de imputación como a la conducta del imputado y tienen un carácter incriminatorio, estando los magistrados de Primera o Segunda Instancia obligados a valorar debidamente la prueba conforme a los estándares jurídicos, racionales y de experiencia; mientras que a la Sala de Casación le corresponde apreciar, de lo actuado en ambas instancias, la existencia de un auténtico vacío probatorio en lo concerniente a la valoración probatoria desde una perspectiva estrictamente normativa como lo es, el Principio de Imputación Necesaria.

La sentencia penal cumplirá los estándares de suficiencia probatoria cuando señale el material probatorio que fundamenta sus conclusiones, describa el contenido de cada elemento de prueba admitido, y lo valora, con las afirmaciones o negaciones de las partes en relación a los hechos manifestados en los sucesos de la realidad y la conducta del imputado; no expresando la suficiencia como una mera afirmación sino sobre una base motivacional que cumpla también con los deberes constitucionales al Debido Proceso en su manifestación de la Debida Motivación de resoluciones judiciales y a la Presunción de Inocencia.

IV. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y SUFICIENCIA PROBATORIA

En función a la búsqueda realizada a la base de datos de la jurisprudencia sistematizada de la Corte Suprema de la República, se pudo apreciar que es mínima la referencia al contenido o estándares de la suficiencia probatoria, ya que la regla es que los jueces penales de las instancias pertinentes, solo la

invocan de manera afirmativa, sin ningún desarrollo motivacional, siendo de esta manera razonable afirmar que los estándares probatorios son mínimos y de carácter solo enunciativo; sin embargo la Corte Suprema sí hace referencia a su contenido que consiste en dos elementos o estándares: elementos de prueba que representen los hechos desde la perspectiva de los sucesos en la realidad y la conducta del imputado, aplicando a tales elementos los conocimientos jurídicos, racionales y de experiencia.

IV.1: CASO JUDICIAL 01

Recurso de Casación N°: 03-2007/Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

SÉPTIMO: Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado con los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio. Corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación– la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancias, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio. En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias, la alegación centrada en este motivo decae o se quiebra. Si existen

pruebas, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior.

NOVENO (...): La motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y que atienda al sistema de fuentes normativas establecido. El Tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente –más allá que, desde la forma de la misma, sea sucinta, escueta o concisa e incluso por remisión– las razones de un concreto pronunciamiento, en qué se apoya para adoptar su decisión –no hace falta, por cierto, que entre a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, pero sí que desarrolle una argumentación racional ajustada al tema en debate–. Desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de la razón suficiente debe cumplir dos requisitos: a) consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante [basados en medios de prueba útiles, decisivos e idóneos] –requisito descriptivo–; y, b) valorarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo –requisito intelectual– (...).

UNDÉCIMO: (...) En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inmovible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice: lo que menciona el fallo–; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido

ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia (...).

IV.2: CASO JUDICIAL 02

Recurso de Casación N°: 10-2007/Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

QUINTO: Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal– Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas por la ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a los mismos, y segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio (...).

Que la actividad probatoria sea suficiente implica: i) que las pruebas estén referidas a los hechos objeto de imputación y a la vinculación del imputado con los mismos; y, ii) que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio que puedan servir para sostener una condena.

IV.3: CASO JUDICIAL 03

Recurso de Casación N°: 41-2010/Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

QUINTO: Que uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere

decir, primero, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de impugnación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.”

CONCLUSIONES

- La expresión prueba utilizada como medio de prueba, resultado probatorio y procedimiento probatorio.
- La lógica y la facticidad juegan un papel dominante en la estructuración de las reglas de la sana crítica, como criterios de valoración probatoria que tienen un carácter objetivo y lógico.
- El grado de corroboración que los medios de prueba aportan a las proposiciones fácticas en cuestión, es “suficiente” para tenerlas por probadas a partir de un estándar mínimo probatorio.
- La realidad social peruana ha desvirtuado el Principio de Presunción de Inocencia, ha traído como consecuencia que es preferible condenar a un inocente que absolver a un culpable.
- El estándar de convicción: “más allá de toda duda razonable”, es propio del derecho anglosajón e impone un estándar probatorio alto en aras de garantizar la libertad de una persona frente a la persecución penal del Estado.
- El término “suficiente” revela que la función del estándar de prueba

es determinar el grado (mínimo o máximo) de convicción suficiente, es decir, como se representan los hechos planteados por las partes para llegar a un grado de certeza, admitiéndose dudas tolerables, acorde con los conocimientos jurídicos, racionales y las máximas de la experiencia.

- La invocación de la “suficiencia” es meramente enunciativa sea en el proceso penal como en los otros procesos, en el que se afirma: “sobre la base de los elementos de prueba que antes han sido identificados, más allá de toda duda razonable, los hechos se encuentran acreditados”.
- Los estándares vinculados a las pruebas suficientes están contemplados en la Sentencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cantoral Benavides vs. Perú, de 18 agosto 2000, que lo declara en el apartado 120.

- El término suficiencia está en el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal de 2004: “la presunción de inocencia requiere, para ser desvirtuada, de una suficiente actividad probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”.
- La suficiencia probatoria es aquella valoración probatoria que se presenta cuando los elementos de prueba están referidos a los hechos objeto de imputación así como a la conducta del imputado conforme los estándares jurídicos, racionales y de experiencia.

BIBLIOGRAFIA

- CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Bogotá, Colombia. Temis: 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Buscador de jurisprudencia*.
- FERRER, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España. Marcial Pons: 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Madrid, España. Marcial Pons: 2004.
- PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá, Colombia. Librería del profesional: 2007.
- PODER JUDICIAL. *Jurisprudencia sistematizada de la Corte Suprema de Perú*.
- TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid, España. Marcial Pons: 2010.

Juan Esteban Aguirre Espinosa (Colombia)¹

Luis Hernando Aguinaga Quiroz (Colombia)²

LA ORDEN DE OPERACIONES

NO ES UN ELEMENTO VINCULANTE DE LOS COMANDANTES DEL EJÉRCITO EN LAS EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES

SUMARIO

RESUMEN. **Capítulo I.** I.1. La presión por resultados positivos, medidos por “número de bajas”. I.2. Contextualizando el presente acápite con el caso más emblemático de estas prácticas. I.3. Perfil de las víctimas es coincidente en todos los casos reportados. Los llamados kit. I.4. Estructura militar control y mando. I.5. ¿Cuál es la misión de las fuerzas militares a nivel constitucional y de acuerdo a esta misión qué clase de operaciones militares pueden desarrollar? **Capítulo II.** II.1. ¿Qué se debe entender por operación militar? II.2. No siempre resulta lo planeado. **Capítulo III.** III.1. La orden de operaciones. III.2. Clases de órdenes. III.3. La orden de operaciones es un acto administrativo. III.4. Inexistencia de formas predeterminadas del acto administrativo – orden verbal o escrita, tácita. **Capítulo IV.** IV.1. Criterios que regulan el uso de la fuerza en esta clase de operaciones. IV.2. Diferencias entre derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, didh). IV.3. La aplicabilidad del Protocolo II en Colombia. **Referencias.**

-
- 1 Abogado. Docente e investigador del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana Medellín. Miembro del grupo de investigación Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho, categorizado B. Correo electrónicos: jaguirree@coruniamericana.edu.co; aguirreespinosaesteban@gmail.com
 - 2 Abogado Docente e investigador del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana Medellín... Miembro del grupo de investigación Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho, categorizado B. Correos electrónicos: hernandoaguinaga@hotmail.com

RESUMEN

Los agentes del Estado actúan en defensa de la sociedad civil, estos son seres humanos que su condición de militar nos los blindo, para que en situaciones especiales reaccionen de forma individual, “Libre Albedrío” llevados por una emoción o como consecuencia de una reacción, su actuar doloso no necesariamente puede derivarse de las órdenes, metas o logro de objetivos trazados por la institución castrense.

En este artículo se pretende dar una mirada de diferentes fallos jurisdiccionales que atañen a la forma de aplicación de la justicia penal militar en Colombia, reseñando la orden de operaciones como elemento vinculante para los comandantes en las ejecuciones extrajudiciales.

Es un artículo de reflexión que se gesta desde las experiencias investigativas generadas en el semillero de investigación SIJCUA, de la Corporación Universitaria Americana.

CAPITULO I

I.1. LA PRESIÓN POR RESULTADOS POSITIVOS, MEDIDOS POR “NÚMERO DE BAJAS”

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales afirmó, como en Colombia se cometió una serie de delitos que atentan contra la vida y la integridad de las personas por parte de miembros de las fuerzas militares.

La aparición de este fenómeno criminal ha puesto en constante discusión a los abogados litigantes, Fiscalía general de la nación y organizaciones no gubernamentales, si se está realmente frente a un homicidio

en persona protegida o por el contrario estos hechos son homicidios agravados, que si bien fueron cometidos por miembros del ejército en servicio activo, sus conductas no son propias de un agente del Estado y responden más a la decisión unipersonal del sujeto activo quien toma la decisión de dar muerte a una persona para obtener un beneficio propio.

Uno de los principios elementales del Derecho penal es que las responsabilidades penales son individuales y solo son atribuibles al sujeto que realiza la conducta, que no se está obligado a cumplir una orden de un superior cuando esta ponga en peligro su integridad física o la de un tercero.

I.2. CONTEXTUALIZANDO EL PRESENTE ACÁPITE CON EL CASO MÁS EMBLEMÁTICO DE ESTAS PRÁCTICAS

La obediencia ciega, así como la correlativa irresponsabilidad absoluta del militar subalterno, repudian a la Constitución. De otro lado, la norma citada abarca la exención de responsabilidad por todo concepto, lo que cobijaría las violaciones a la ley penal. Las razones expuestas, le susstraen sustento constitucional a una incondicional exoneración de responsabilidad legal que no tome en consideración, en este caso, el dolo del subalterno que, como servidor público, está vinculado al deber superior de respetar la ley y proteger efectivamente los derechos de las personas. También en el campo legal, la completa e incondicional inmunidad del militar subalterno, lo convertiría en el mayor peligro existente en la vida social.

La exoneración absoluta de responsabilidad del militar que conscientemente ejecuta órdenes superiores que signifiquen la

vulneración de sus reglas y principios no es de recibo y, por el contrario, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos se apartan de las reglas indiscutibles de las confrontaciones armadas y ofenden el sentimiento general de la humanidad. La obediencia ciega del militar subalterno, lo mismo que su correlativa irresponsabilidad absoluta, son rechazadas por el derecho internacional humanitario, pues de permitirse, este carecería de sentido.

No siendo compatible con el Derecho internacional humanitario, que un militar consciente de su acción, se escude en la orden del superior a fin de obtener la exoneración absoluta de su responsabilidad por las infracciones que cometa en relación con sus reglas y principios, la norma legal claramente se opone a sus dictados, aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales. El inciso primero del artículo 15 del D.L 85 de 1989, quebranta el bloque de constitucionalidad si se interpreta en sentido absoluto. En consecuencia, la Corte declaró que es exequible, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana, no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad. *En este evento, no se remite a duda que el militar subalterno que se abstiene de observar una orden militar que comporte la violación de los derechos fundamentales intangibles, no podrá ser objeto de sanción penal ni disciplinaria.*

Se discute por parte de los abogados y juristas, que en estos casos de muertes extrajudiciales, se está en presencia de un homicidio agravado, que fue la fiscalía quien para darle más connotación a estos hechos después de los acontecimientos del

municipio de Soacha, los encuadró en el tipo penal del art. 135 del C. Penal, porque anterior a las muertes de Soacha ya se había proferido infinidad de sentencias en casos iguales contra militares por homicidio agravado. La presión mediática y de las ONG de derechos humanos lograron que el ente investigador se inclinara por el homicidio en persona protegida con el fin de aumentar las penas, evitar que se concedan algunos subrogados penales y desarrolló una teoría que consistía en motivar a la aceptación de cargos por homicidio en persona protegida y no por homicidio agravado, porque de aceptar los cargos por esta última, los miembros del ejército nacional condenados no harían parte de un proceso de paz.

Fue entonces cuando abogados e implicados aceptamos que se les imputara el delito de homicidio en persona protegida, con la firme esperanza de ser beneficiados con un tratado de paz que ponga fin al conflicto y poder seguir las mismas consecuencias y pagar igual o inferior pena a las que se sometieron los paramilitares de este país. Situación de paz que en los últimos días se ha venido dando y al parecer cobijará a los militares.

Frente a estos acontecimientos destructores del gobierno e instituciones no gubernamentales, defensores de derechos humanos se han pronunciado al respecto y pretenden demostrar que la génesis de los falsos positivos no puede atribuirse individualmente, sino que responden a una política del Estado que utilizó sus fuerzas militares para dar resultados operacionales, orquestada desde el presidente de turno y desarrollada por los altos mandos militares, para la cual se incorporó una práctica abominable por parte de la Fiscalía General de la Nación *“política de prometer*

beneficios a quienes señalaran a los altos mandos”.

Debemos resaltar que inicialmente, quienes soportaron el embate de la fiscalía, fueron soldados y suboficiales, que hoy purgan altas condenas; después de octubre de 2014 con la captura de varios oficiales de grado superior, la detención e imputación a soldados y suboficiales bajó su nivel y ahora todo el aparato investigador se ha lanzado a las unidades militares a dar con documentos, pruebas que permitan contextualizar estos hechos y así llevar a juicio a los comandantes de las unidades cuestionadas.

Veamos una de las posiciones que frente a estos hechos se ha publicado.

“Aunque al parecer estos llamados falsos positivos no respondían a una política de Estado, tampoco fueron hechos aislados. Esos homicidios fueron cometidos por un gran número de unidades militares en todo el país. Se produjeron porque las unidades militares se sintieron presionadas para demostrar que su lucha contra las guerrillas tenía resultados positivos a través del “número de bajas”. Hubo, además, algunos aliados: un sistema ocioso de incentivos ofrecidos a los soldados para que produjeran bajas y un sistema oficial de incentivos ofrecido a los civiles para que proporcionarían información que condujera a la captura o muerte de guerrilleros. Este último sistema careció de supervisión y transparencia. En general, hubo una falta fundamental de rendición de cuentas y problemas en todas las etapas de los procesos disciplinarios y de investigación [...] Ha habido demasiados asesinatos de carácter similar para caracterizarlos como incidentes aislados perpetrados por apenas algunos soldados o unidades renegadas, o ‘manzanas podridas’”.

I.3. PERFIL DE LAS VÍCTIMAS ES COINCIDENTE EN TODOS LOS CASOS REPORTADOS. LOS LLAMADOS KIT.

“...Se trata en su gran mayoría de hombres jóvenes pues solo ellos correspondían al perfil de los guerrilleros o combatientes del que se los disfrazaría. Si bien no fue una generalidad, se conocieron varios casos de menores de edad, especialmente jóvenes de alrededor de 16 años. Una de las características principales es la de ser campesinos o habitantes de zonas rurales a donde iban dirigidas las operaciones militares. A menudo provenían de familias de escasos recursos económicos, y/o se encontraban desempleados, con lo cual eran fáciles de atraer bajo el señuelo de promesas laborales. Era frecuente que los jóvenes desaparecieran luego de acudir a una oferta de trabajo, de manera que al principio los familiares no tuvieron sospechas sobre lo que ocurría. En algunos casos, se trataba de jóvenes que habían tenido problemas menores de delincuencia o que habían participado de falsas desmovilizaciones.

En otros casos, se optó por personas indigentes o marginadas socialmente, de quienes no se esperaba que alguien fuera a reclamar por su destino, o cuyas familias desconocían cómo acceder a medios de denuncia.

Las ejecuciones ocurrieron en zonas rurales apartadas, en donde se desarrollaron operaciones militares con sus respectivas misiones tácticas.

En algunos casos, se detuvo arbitrariamente a las víctimas en sus lugares de residencia o labores agrícolas o cuando se dirigían de o hacia alguna de éstas. Estas detenciones se realizaban sin orden judicial de autoridad competente, y sin que medie la

situación de flagrancia, lo que daba lugar a la desaparición forzada.

En su variante más organizada, las víctimas eran previamente señaladas y/o seleccionadas por un informante o un reclutador que solía acompañar los operativos militares que culminaban en falsos positivos y que era remunerado por tal trabajo (lo cual se hacía pasar como una recompensa en el marco de las directivas que incentivaban la entrega de información sobre miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley que permitieran su captura o muerte).

El reclutador engañaba a la víctima con falsas pretensiones (por ejemplo: ofrecimiento de trabajo) y la trasladaba largas distancias, para evitar la posible identificación por testigos del lugar. Al poco tiempo de llegar allí, miembros del Ejército mataban al individuo. En muchos casos se llevaban y ejecutaban a más de una víctima al mismo tiempo. Una vez cometido el asesinato se manipulaba la escena del crimen para simular una baja legítimamente producida en el fragor de un combate: las víctimas eran vestidas con prendas militares, armamento y munición previamente preparados para tal fin. En algunas ocasiones se entregaban las armas a las víctimas con alguna excusa con anterioridad al combate simulado para que sus huellas digitales quedaran registradas en el armamento.

De las declaraciones de los diferentes militares condenados, se tiene que para hacer parecer estas muertes como reales combates, se preparaban unos Kit, los cuales se componían de armas que en su mayoría no funcionaban o estaban defectuosas, un radio de comunicaciones en tan deplorable estado que no prestaba su función como tal, granadas de mano, panfletos alusivos a las fuerzas revolucionarias, brazaletes con las

iniciales de las FARC o el ELN, y munición de varios calibres, que en algunos casos no correspondían a las que se podrían disparar con las armas incautadas.

Las simulaciones resultaban usualmente muy burdas. Por ejemplo, se conocieron casos en los que el supuesto guerrillero vestía prendas de una talla muy superior a la que su contextura física indicaba, o calzaban dos botas izquierdas, o siendo zurdo portaba el arma en la mano derecha. A pesar de tratarse de un combate, nunca resultaba herido un miembro del Ejército.

La manera tosca en que se manipulaba la escena del crimen puede tomarse como indicio de que los perpetradores tenían cierta seguridad de que los hechos quedarían en impunidad.

Al manipular la escena del crimen, los cuerpos eran despojados de los documentos de identidad y las víctimas eran enterradas de manera anónima (como NN), algunas veces en fosas comunes. Las primeras diligencias sobre la escena del crimen eran realizadas por los mismos militares implicados en los hechos, que tomaban fotografías de las escenas simuladas, una vez que se había producido el montaje.

Las víctimas eran así presentadas como combatientes muertos durante un operativo militar. Una vez producida la baja se informaba el resultado positivo de la operación al comando del batallón del que dependía la unidad militar. Las operaciones eran respaldadas por órdenes de inteligencia fraguadas (en ocasiones producidas incluso con posterioridad al hecho delictivo). Los responsables de la operación recibían beneficios, algunos de ellos económicos, y generalmente consistentes también en permisos para los soldados y felicitaciones que figurarían en la hoja de vida de los comandantes.

El *modus operandi* que aquí recapitulamos, requería evidentemente un alto grado de sincronización interna para la realización de los asesinatos, incluyendo la asignación de tareas y roles específicos a las personas involucradas en los operativos militares organizados para ese fin. En efecto, los testimonios de distintos miembros del Ejército involucrados en los llamados falsos positivos dan cuenta de un alto grado de coordinación y preparación del crimen, que denota la existencia de un plan premeditado.

I.4. ESTRUCTURA MILITAR CONTROL Y MANDO

Cada uno de los comandantes de Fuerza Pública ejerce control y mando directo sobre todos sus miembros. El comandante del Ejército da órdenes directas a los comandantes de las ocho divisiones que cubre todo el territorio nacional. Así mismo, los comandantes de división del Ejército imparten las órdenes a las brigadas adscritas a cada división y estas a su vez a los comandantes de batallón, que se encuentran divididos en compañías de tres o cuatro pelotones. Por último, los pelotones son de aproximadamente 40 personas, en las que existe un comandante de escuadra por cada diez soldados.

Un principio del funcionamiento de la institución militar lo constituye el de la claridad de las órdenes y el conocimiento de las mismas por todos los miembros que la conforman. En este sentido existe una clara división de las funciones dentro de la institución y muchos niveles de mando entre los militares de mayor jerarquía y los de más bajo nivel, con el propósito de alcanzar los objetivos de la Fuerza Pública como institución.

Las organizaciones militares se caracterizan por tener tramos de control estrechos, es decir, con un número limitado y pequeño de subordinados inmediatos que reportan directamente al superior y con una supervisión minuciosa y constante del cumplimiento de las órdenes, que pueden ser dictadas verbalmente. Aunque el superior en la línea de mando no controle directamente a todos los subordinados, todas las decisiones que este toma en la cúpula de la institución, vincula a todos los miembros y van a ser cumplidas, a primera vista, debido a la fuerte disciplina que implica este modelo de organización y al principio de obediencia debida.

I.5. ¿CUÁL ES LA MISIÓN DE LAS FUERZAS MILITARES A NIVEL CONSTITUCIONAL Y DE ACUERDO A ESTA MISIÓN QUÉ CLASE DE OPERACIONES MILITARES PUEDEN DESARROLLAR?

La primera precisión que habrá de hacerse, tiene que ver con el concepto mismo de FUERZA PÚBLICA y su misión Constitucional diferenciada, la cual está constituida por las Fuerzas Militares y por la Policía Nacional, como lo establece el artículo 216 Superior: *Artículo 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*

Entiéndase por Fuerzas Militares las conformadas por el Ejército, Armada y Fuerza Aérea, teniendo como deberes esenciales los que demanda el artículo 217 de la Constitución Política Nacional, de velar por la defensa de la soberanía, la independencia, integridad del territorio y el orden constitucional.

Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes

constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Concepto que se retoma en el artículo 1º del Decreto 1790 de 2000, en los siguientes términos: *ARTÍCULO 1. DEFINICIÓN. Las Fuerzas Militares de la República de Colombia son las organizaciones instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.*

Por su parte, la Policía Nacional tiene como fin constitucional mantener el orden público interno³ y las condiciones necesarias para el libre ejercicio del derecho y las libertades públicas, asegurando a los habitantes del territorio una convivencia pacífica, conforme a lo establecido en el artículo 218 de la Constitución Nacional, la cual consagra lo siguiente: *Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para*

asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

Lo anterior quiere decir que las Fuerzas Militares, en razón a su objetivo principal, el cual es garantizar la soberanía del territorio, juegan un papel importante e indispensable en el conflicto armado que vive Colombia, entiéndase por éste la confrontación bélica de las Fuerzas Armadas del Estado con organizaciones armadas **al margen de la ley** o entre estas, que **fundamentan su actuar en situaciones ideológicas en desuso, pretendiendo la toma del poder a través de las armas, para conseguir cambios estructurales en lo político, social, económico; que, como cualquier otra confrontación ha significado pérdida de vidas humanas.**

Por lo tanto, y en razón a ese encargo Constitucional signado a la Fuerza Pública, le está permitido la realización de operaciones militares (Fuerzas Militares) y operativos policiales (Policía Nacional), las cuales, según se explicará más adelante, se presumen legales, como cualquier otra actividad de la Administración.

En ese orden de cosas, sea lo primero indicar que en desarrollo de esas operaciones los miembros de las Fuerzas Militares están habilitados para hacer uso de la fuerza de manera particular –bajo criterios distintos a los que rigen el cumplimiento de

3 DECRETO 1355 DE 1970. “Por el cual se dictan normas sobre policía”.

ARTICULO 1o. La policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las Convenciones y Tratados Internacionales, en el Reglamento de Policía y en los principios universales del derecho.

ARTICULO 2o. A la policía compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas.”

actividades de naturaleza policiva⁴, a fin de contrarrestar de modo efectivo las contingencias que atentan contra la integridad territorial, el orden constitucional, la soberanía del Estado, que ponen en riesgo el bienestar general de la población.

Esto último será explicado con mayor detalle, no sin antes precisar los conceptos de operación militar, así como aspectos de capital importancia referidos a su planeación y ejecución.

CAPITULO II

II.1. QUE SE DEBE ENTENDER POR OPERACIÓN MILITAR

Se entiende una serie de movimientos, maniobras y acciones militares dirigidas a conseguir un fin estratégico –el cumplimiento de la misión Constitucional–, que implican la realización de tareas logísticas, como el equipamiento de tropas y abastecimientos, y tácticas propiamente dichas, como el control de área y combates.

Sobre este aspecto, el Tribunal Superior Militar en sentencia del 4 de marzo de 2009, precisó lo siguiente⁵:

“... El concepto “operación militar” es mucho más extenso porque encierra toda una serie de actos que comportan la ejecución, el desarrollo y la consolidación. Al punto de partida corresponde la elaboración de un plan de campaña que emite el Comando de

la Fuerza, su desarrollo lo materializan las Brigadas al realizar operaciones militares, dispuestas por vía de la orden de operaciones y emitidas a las unidades tácticas o Batallones, que son las unidades que realizan misiones tácticas y en su nivel desarrollan la maniobra.

Cada operación se describe en forma general y su estudio demanda comprender el objetivo que se persigue, la maniobra, los métodos y técnicas que se emplean, las tropas que intervienen, su planeamiento y conducción, tal y como lo enseña el Reglamento de Operaciones en Combate Irregular 3-10. Por operación militar debe entenderse: “la serie de actividades de combate o administrativas que ejecute la unidad para darle cumplimiento a una misión”. La ejecución de operaciones de combate irregular puede ser de diversos tipos, tales como: ocupación, registro, control militar de área, destrucción y repliegue ofensivo.

Por manera que el concepto operación militar se entiende desde que se recibe la misión e inicia su ejecución, esto es, desde el día “D” y la hora “H”, manteniendo plena vigencia el concepto en toda su ejecución y desarrollo, sin importar que la operación dure días o meses, ya que se entiende superada cuando se logre el cumplimiento de la misión y se reintegren las tropas a su unidad de origen.

Igualmente, por operaciones militares se entiende aquella estrategia militar que

4 Policivo, va. Adj. Col. y Pan. Policial (NOTA DEL CORRECTOR DE ESTILO). Dic. De la Lengua Española – Edición Tricentenario – T.10 – pág. 1745.

5 Sentencia del 4 de marzo de 2009, proceso No. 018-155644-6889-EJC-P, MP. Teniente Coronel CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.

tiene como objetivo principal controlar las maniobras del enemigo; respecto a éste concepto, el Tribunal Militar, en Sentencia del 29 de enero de 2008⁶, señaló lo siguiente:

“la operación de Combate Irregular” es la serie actividades de combate o administrativas, que ejecuta una Unidad para darle cumplimiento a una misión en el campo de combate”

En conciencia, las operaciones militares de combate irregular tienen como objetivo principal conservar y proteger de cualquier atentado la soberanía, la independencia, el orden constitucional y la integridad del territorio nacional propendiendo por la protección a la población civil de cualquier amenaza de grupos insurgentes y la desarticulación de organizaciones al margen de la ley, entre las que pueden abarcar determinadas bandas delincuenciales.

En cuanto a su desarrollo, las operaciones de combate irregular, se debe hacer sobre criterios de legalidad y proporcionalidad –en términos del Derecho Internacional Humanitario–, y debe estar orientado a minimizar, en lo posible, los efectos nocivos que se puedan generar en las personas y bienes protegidos por el derecho Internacional –Minimización de daños colaterales o incidentales.

El combate irregular se presenta en tres fases: limitada, parcial y total, las cuales se determinan de acuerdo al grado de comportamiento de las Fuerzas Militares, así:

1. **Fase limitada:** Cuando el compromiso corresponde a Unidades de menor tamaño, ubicadas dentro de regiones claramente delimitadas, por ejemplo las jurisdicciones de las Unidades tácticas.
2. **Fase parcial:** Cuando la fuerza que participa y la región afectada son de mayor tamaño, es decir, en el caso de la Armada Nacional, sus componentes navales y de infantería de marina, que cubren las diferentes regiones del país.
3. **Fase total:** Cuando la confrontación se lleva a cabo en la mayor parte del territorio nacional, comprometiendo, ampliamente, a la fuerza regular e incluso realizando operaciones de tipo conjunto.

Ahora bien, toda operación militar se compone de dos **etapas o fases**:

- 1) el planeamiento de la operación militar.
- 2) la ejecución de la misma.

La primera de ellas le corresponde desarrollarla al Comandante, quien con la asesoría de los miembros de su Estado Mayor o Plana Mayor, diseña y emite una orden de operaciones, resultado de una valoración de factores previsibles y la estimación de los no previsibles que pueden llegar a concurrir en el escenario operacional; igualmente deben trabajar conjuntamente con las autoridades, organismos, personalidades e instituciones que desarrollen programas o iniciativas de naturaleza civil o humanitaria.

6 Sentencia del 29 de enero de 2008, Proceso No. 152103-9030-XIV, MP. CT (RVA). GUSTAVO PIRABAN CUESTO.

La planeación de una operación de **combate irregular debe tener en cuenta seis (6) aspectos, según los manuales tácticos de nuestras fuerzas militares.**

1. Se debe mirar qué se quiere con el desarrollo de la operación militar.
2. Para qué se va a hacer esa operación militar.
3. A partir de cuándo se realizara esa operación militar.
4. Dónde se va a desarrollar y ejecutar la operación militar *(es aquel espacio geográfico plenamente determinado, en el cual se desarrollarán todas las maniobras, técnicas de combate, actividades de inteligencia.)*
5. Cuándo se va a desarrollar, se establece el tiempo aproximado que va a durar esta operación.
6. Quiénes participarán en el desarrollo de esa operación militar.

Una vez emitida la orden de operaciones, es comunicada a las unidades subordinadas encargadas de su ejecución, con el fin de que inicien su propio proceso de planeamiento en el marco de la misión de cada caso, el cual se va haciendo mucho más preciso y detallado hasta el desarrollo de la(s) maniobra(s) en el terreno por parte de la compañía, el pelotón, la sección, la escuadra o el equipo de combate.

Bajo este entendido, el Comandante de esa unidad subordinada es quien recibe la Orden de Operaciones (ORDOP) para su ejecución, en la cual se encuentra descrita la necesidad militar y la misión particular encomendada por su Superior; de inmediato deberá proceder a planear con mayor detalle la ejecución de la operación, dependiendo del tipo de que se trate esto es, una

operación de control territorial, ofensiva, de seguridad y defensa de la fuerza o psicológica, empleando, para ello, los métodos, las técnicas y las maniobras que le son propias, **conforme al planeamiento dado por el encargado de dicha planeación; es de resaltar que como en toda actividad de combate, no siempre lo planeado resulta y por ello, en la ejecución de la misma, pueden resultar situaciones que se deben sortear en su desarrollo.**

II.2. NO SIEMPRE RESULTA LO PLANEADO

No obstante la rigurosidad que pueda llegar a tener el planeamiento militar en todos sus niveles, dada la dinámica propia de las hostilidades y las complejidades que concurren en su conducción, es deber del operador judicial y administrativo advertir y reconocer la posibilidad de que **sobrevengan contingencias o situaciones**, que escapan a la más ingente previsión, que pueden **llegar a afectar** el desarrollo de la maniobra **en el terreno**, introduciendo variaciones, más o menos notables, de acuerdo a cada caso, **en virtud de las cuales no es procedente concluir de plano en la ilegalidad de sus resultados.** Precisamente, una de las reglas aplicables al combate irregular consiste en el logro del mayor grado de flexibilidad, de modo que quien ejerce el mando de la unidad ejecutora tenga la posibilidad, con mayor grado de independencia, de articular los recursos disponibles para responder a las contingencias y complejidades de cada situación.

CAPITULO III

III.1. LA ORDEN DE OPERACIONES

Es pertinente partir esta identificación con la conceptualización de Orden de

Operación Militar, estableciendo su concepto, elementos y características que la componen, para luego, con dicha información, llegar a hacer una determinación de su naturaleza jurídica.

De acuerdo con lo propuesto, se tiene que según el glosario publicado en la página web⁷ del Ejército Nacional, el concepto de Orden de Operaciones es el siguiente:

ORDEN DE OPERACIONES: *Es el documento que dispone la ejecución de una operación específica, en un futuro inmediato o muy próximo y en el cual se dan las instrucciones necesarias de situación de Fuerzas amigas y del enemigo*⁸.

Igualmente definiendo este concepto, a partir de cada una de las palabras que lo componen, se tiene:

OPERATIVO: *Acto llevado a cabo, por parte de las autoridades, con el fin de prevenir o reprimir una acción por parte de la subversión.*

ORDEN: *Expresión de la voluntad enmarcada de un superior jerárquico, que conlleva la obligatoriedad en su ejecución de realizar una conducta o abstenerse de realizarla.*⁹

Continuando con la estructuración del concepto, en la doctrina militar, concretamente en el Manual del Lancero, se

establece el concepto de Orden de Operaciones de la siguiente manera:

ORDEN DE OPERACIONES: *La Orden de Operaciones es el documento que desarrolla y expide el Comandante a sus Subalternos para la coordinación de la maniobra durante el desarrollo de una misión táctica, esta se encuentra estructurada en 5 partes: Situación, Misión, Ejecución, ASPC¹⁰ y Mando y comunicaciones. De la manera como el Comandante emita la Ordop¹¹, hará que sus Subalternos comprendan sus responsabilidades dentro de la misión por cumplir. La Ordop se emite a la hora y en el día indicado en la Anteorden en un sector que permita apreciar el área general o en caso de tener esta posibilidad se debe brindar la mayor cantidad de elementos que permitan apoyar la emisión de la misma.*¹²

En concordancia, en el mismo manual se expone:

ORDEN DE OPERACIONES: (...) *La Orden de Operaciones es un documento legal que posee soporte jurídico y su cumplimiento debe obedecer a la disciplina militar enmarcada en el marco legal y al Derecho Internacional en los Conflictos Armados.*¹³

En cuanto al concepto de operación militar, ha sido desarrollado en las providencias originadas en la Jurisdicción Penal Militar. Concretamente en la sentencia del

7 Ver Página oficial del Ejército Nacional de Colombia: <http://www.ejercito.mil.co/>

8 Página oficial del Ejército Nacional de Colombia: Atención al Ciudadano. Glosario. <http://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=211740>

9 Ibidem.

10 ASPC: Apoyo y Servicio para el Combate.

11 ORDOP: Orden de Operaciones.

12 Fuerzas Militares de Colombia. Ejército Nacional. Manual de Lancero EJC 3-26. Pág. 34.

13 Ibidem. Pág. 38

Tribunal Superior Militar del 04 de marzo de 2009, se expuso lo siguiente:

“Es equivocado entender que el concepto de operación militar se circunscribe al acto de la confrontación o el combate, tal percepción riñe con la doctrina militar, la lógica y la dinámica operacional que hoy desarrollan las tropas del Ejército de cara a la realidad nacional. El concepto “**operación militar**” es mucho más extenso porque encierra toda una serie de actos que comportan la ejecución, el desarrollo y la consolidación. Al punto de partida corresponde la elaboración de un plan de campaña que emite el Comando de la Fuerza, su desarrollo lo materializan las Brigadas al realizar operaciones militares, dispuestas por vía de la orden de operaciones y emitidas a las unidades tácticas o Batallones, que son las unidades que realizan misiones tácticas y en su nivel desarrollan la maniobra.

Cada operación se describe en forma general y su estudio demanda comprender el objetivo que se persigue, la maniobra, los métodos y técnicas que se emplean, las tropas que intervienen, su planeamiento y conducción, tal y como lo enseña el Reglamento de Operaciones en Combate Irregular 3-10. **Por operación militar debe entenderse:** “la serie de actividades de combate o administrativas que ejecute la unidad para darle cumplimiento a una misión”¹⁴.

La ejecución de operaciones de combate irregular puede ser de diversos tipos, tales como: Ocupación, registro, control militar de área, destrucción y repliegue ofensivo¹⁵.

Por manera que el concepto operación militar se entiende desde que se recibe la misión e inicia su ejecución, esto es, desde el día “D” y la hora “H”, manteniendo plena vigencia el concepto en toda su ejecución y desarrollo, sin importar que la operación dure días o meses, ya que se entiende superada cuando se logre el cumplimiento de la misión y se reintegren las tropas a su unidad de origen.¹⁶

De acuerdo con la doctrina militar y a la información pública circulante, se puede determinar los aspectos formales y/o estructurales que conforman la ORDOP que corresponden a la determinación del quién, qué, cuándo, dónde y para qué, de la siguiente manera:

1. Determinación del rango de **quién** profiere la orden, dentro de la estructura de las Fuerzas Militares.
2. Organización para el combate. Se establece **quién** ejecutará la orden y la organización que la unidad llevará para llevar a cabo el cumplimiento de la misión, de acuerdo al tamaño como: determinación del enemigo, determinación de aspectos puntuales de las propias tropas.

14 Reglamento de Operaciones en Combate Irregular FF-MM 3-10. El combate no solo es el acto de la confrontación sino que tiene varias etapas y características como son el secreto, la reducción de vulnerabilidades, la rapidez, sorpresa seguridad, la preservación de la integridad, la iniciativa, continuidad apoyo logístico, aprovechamiento de las características del terreno, el apoyo de población civil.

15 Ibidem.

16 República de Colombia -Ministerio de Defensa – Tribunal Superior Militar. Sentencia del 04 de marzo de 2009. Radicado: 018-155644-6889-EJC-P. Magistrado Ponente: Teniente Coronel Camilo Andrés Suárez Aldana.

3. Misión: es un párrafo que debe resolver los siguientes interrogantes (**quién, qué, cuándo, dónde, para qué**).
4. Ejecución: intención del comandante, propósito de la operación, concepto de la operación y determinación de la normatividad. Siendo este aparatado el que responde el interrogante **para qué**.
5. Mando y comunicaciones.
6. Firmas: del comandante y la de quién autentica. En este punto se identifica la responsabilidad del **quién**, o del agente que da la orden.

En el proyecto de Manual de Planeamiento Militar¹⁷, el cual aún no hace parte de la doctrina militar, se especifica la responsabilidad de la preparación de las ORDOP o el sujeto activo de la siguiente forma: La preparación, elaboración y emisión de una orden de operaciones es una responsabilidad del oficial de operaciones, quien recibe e integra las partes o párrafos que deben ser preparados por otros jefes de sección, bajo la acción coordinada y la supervisión del ejecutivo y segundo comandante. La aprobación del documento es facultad potestativa del comandante, quien la protocoliza firmando de su puño y letra el original de las órdenes y anexos escritos o gráficos; en cuyo caso el oficial de operaciones autentica con su rúbrica las copias correspondientes.

En el mismo proyecto, se especifica sobre el elemento publicidad de la misma, de la siguiente manera: **Emisión o difusión**

de órdenes: Existen varios métodos para su emisión, pero merece consideración especial que las órdenes se comuniquen en el menor tiempo posible, con el fin de incrementar el tiempo de planeamiento y preparación de los comandos subordinados.

III.2. CLASES DE ÓRDENES

a. Orden verbal: El comandante o por su delegación expresa, el oficial de operaciones, presenta en forma oral la orden de operaciones al auditorio conformado por la Plana Mayor, los comandantes de las unidades y los organismos implicados, quienes tomarán nota de los asuntos pendientes y pedirán las aclaraciones o explicaciones que estimen procedentes. *Este método es utilizado particularmente cuando el factor tiempo no permita el empleo de otro; de todas maneras, en la primera oportunidad la orden debe confirmarse por escrito.* Cuando se emite este de tipo de *órdenes por radio, esta debe quedar registrada en el libro de programas que se lleva en el COT.*

b. Orden escrita: Es el método más utilizado para la emisión de órdenes. Se utiliza el formato recomendado, el cual puede ser acompañado de calcos o superpuestos. Estas órdenes se pueden dar mediante una orden de operaciones, orden fragmentaria o anteorden.

c. Orden tipo calco: Este método se fundamenta en la expresión gráfica de informes, órdenes e instrucciones y simplemente se recurre a una muy breve

17 República de Colombia. Fuerzas Militares de Colombia. Ejército Nacional. Proyecto de Manual de Planeamiento Militar. Pág. 19 y 20.

constancia escrita de aquellos asuntos que por naturaleza no pueden ser simbolizados y consecuentemente graficados, o dada su importancia es deseable, para evitar duda e incomprensión, recurrir a la constancia escrita, tales como el caso de la misión de la unidad y en el concepto de la operación. En la orden tipo calco, tanto la parte gráfica como la escrita se consignan en la misma hoja utilizando la porción izquierda para representación gráfica y la derecha para la escrita.

Por último, en la determinación de las características de la orden de operación militar, en providencia del Tribunal Superior Militar del 14 de abril de 2005, se expusieron algunos criterios sobre la legalidad de la ORDOP:

(...) Además se destaca que la orden debe ser emitida con las formalidades previstas en la ley. Tiene como requisitos:

1. Competencia de la autoridad jerárquica para ordenar. Debe como se ha dicho, tratarse de una autoridad pública, que en el caso que nos ocupa le corresponde al Comandante de una Unidad Táctica investida por una norma legal de la potestad de emitir órdenes de operaciones con eficacia obligatoria sobre sus subalternos, en virtud de la relación de subordinación que existe entre ellos.
2. Legalidad formal de la orden. No puede exigirse el control sobre la legalidad material o sustancial de la orden puesto que esta materia queda dentro de la

esfera exclusiva de la autoridad que la emite, y **la orden de operaciones es un acto administrativo.**

3. **Que el inferior sea competente para cumplir la orden.**¹⁸ (Subrayado fuera de texto).

III.3. LA ORDEN DE OPERACIONES ES UN ACTO ADMINISTRATIVO

Establecidos los aspectos estructurales de toda Orden de operación militar, procederemos a analizar su naturaleza jurídica.

Así, es pertinente iniciar reiterando un aparte de providencia del 14 de abril de 2005 del Tribunal Superior Militar:

“b). (...) la orden de operaciones es un acto administrativo.”

De esta afirmación y con el objetivo de verificar su validez jurídica, es necesario establecer de manera sucinta y genérica, algunos aspectos del acto administrativo, para luego realizar una confrontación entre los aspectos característicos de la ORDOP y el acto administrativo, para concluir si la Orden de Operación Militar es un acto administrativo, como lo ha afirmado tan contundentemente el Tribunal Militar.

De acuerdo con lo preceptuado en providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 11 de agosto de 2005, el acto administrativo ha de concebirse: “(...) El acto administrativo, como acto jurídico estatal, consiste en una expresión de voluntad, generalmente unilateral, en ejercicio de

18 Colombia – Ministerio de Defensa – Tribunal Superior Militar. Providencial del 14 de abril de 2005. Radicado: 2005-150269-GDS-A-Homicidio y Otro- Causal de Justificación. Magistrado Ponente: Mayor (r) Salomón Gómez Dueñas.

función administrativa, bien por parte de las autoridades estatales o por particulares expresamente investidos de esa específica función, cuyo contenido radica en una decisión que crea, modifica o extingue una situación jurídica, ya sea de carácter general o particular, según su destinatario sea una persona o conjunto de personas determinadas o, por el contrario, que esté dirigido o tenga por titular a la comunidad en general en forma impersonal, cuyos atributos básicos, en ambas hipótesis, son la obligatoriedad, la presunción de legalidad y la ejecutoriedad.¹⁹

Conforme a la doctrina y a la jurisprudencia y, con la intención de establecer si se está o no ante un acto administrativo, es necesario establecer si en el documento (ORDOP) se identifican todos y cada uno de los elementos esenciales del acto administrativo. Teniendo esto presente, es pertinente citar lo conceptuado por el Consejo de Estado en providencia del 9 de marzo de 1971, en cuanto a los elementos esenciales: “En todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales, de los cuales dependen su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: Órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma”.

1. Órgano Competente

El acto debe emanar de la administración, es decir de un órgano estatal que actúe en función administrativa. Además, el órgano de la administración debe actuar dentro

de los límites de su competencia. Si los excede, el acto resulta viciado, con mayor o menor intensidad, según sea la naturaleza del exceso cometido.

2. Voluntad Administrativa

Otro elemento esencial del acto administrativo es la existencia de una voluntad estatal válida, exteriorizada en una declaración expresada en forma legal. El acto administrativo se aprecia a través de esa declaración, pero lo esencial es la voluntad real del órgano administrativo.

A este respecto, algunos tratadistas plantean el problema de si la voluntad de la administración puede originar actos administrativos válidos, manifestándose en forma tácita. En estos casos el acto tácito se infiere de otros actos expresos que lo presuponen necesariamente.

3. Contenido

Todo acto administrativo debe tener un contenido determinado, el cual debe ajustarse a todas las normas jurídicas vigentes. La existencia de este contenido, ajustado a las normas jurídicas vigentes y superiores, es un elemento esencial para la validez del acto.

4. Motivo

(...) La administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo

19 Tribunal Administrativo De Cundinamarca. Sección primera. Subsección b. providencia No.118 del 11 de agosto de 2005. Expediente: 11001-23-24-00-2002-0605. Magistrado ponente: Fredy Ibarra Martínez.

tomando en consideración las circunstancias de hecho y el derecho que corresponde. En las actividades fundamentalmente reguladas, los actos de la administración están casi totalmente determinados de antemano; en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo. Las circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso, llevan a dictar el acto administrativo constituyen la causa, o mejor, el motivo de dicho acto administrativo.

5. La Forma

Las entidades públicas, en su calidad de personas jurídicas, expresan su voluntad a través de ciertos procedimientos. Las formalidades del acto administrativo no pueden confundirse con su forma. Las formalidades son los requisitos que han de observarse para dictar el acto y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto. La forma es el modo como se documenta la voluntad administrativa que da vida al acto.

En derecho administrativo no existen formas especiales genéricas para los actos administrativos, excepto en los casos en que dichas formas estén expresamente previstas en los textos. Inclusive son posibles los actos administrativos tácitos,

implícitos y aún verbales.²⁰ (Subrayado fuera de texto)

En el mismo sentido, el doctrinante colombiano Carlos Ariel Sánchez Torres, en su libro titulado Acto administrativo, Teoría general, distingue lo siguiente:

“En la doctrina colombiana se han identificado como elementos del acto administrativo los siguientes:

Elemento Subjetivo: Responde a Quién expide el acto.

Elemento Objetivo: Responde al Qué del acto administrativo.

Elemento Formal: Responde al Cómo se expide el acto administrativo.

Elemento finalista: Responde al Para qué se expide el acto administrativo.

Elemento causal: Responde al Por qué se expide el acto administrativo.²¹

En cuanto a la formalidad del acto administrativo, la Corte Constitucional, ha expresado que: “Recuérdese que la regla general es que los actos administrativos no tienen un modelo específico, la excepción es que algunos la tengan, que no es el caso de la autorización que debe proferir la entidad que aquí se acusa. Así, **teniendo en cuenta que los actos de la administración pueden revestir una u otra forma, lo importante es que en ellos se puede identificar una manifestación de la voluntad de**

20 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de marzo de 1971. Radicación número: 1725. Consejero ponente: LUCRECIO JARAMILLO VÉLEZ.

21 Sánchez Torres, Carlos Ariel. Acto Administrativo. Teoría General. Editorial Legis. Tercera edición 2004. Pág. 53.

la administración, tendiente a producir efectos jurídicos, para que los mismos sean catalogados como actos administrativos. (Resaltado fuera de texto)²².

III.4. INEXISTENCIA DE FORMAS PREDETERMINADAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO – ORDEN VERBAL O ESCRITA –TÁCITA

En la misma sentencia, la Corte Constitucional cita: “No existe en nuestro derecho un modelo consagrado, una forma predeterminada de acto administrativo, que permita identificarlo. Solo algunos actos administrativos, como los decretos y las resoluciones, tienen una forma determinada. Los actos administrativos no lo son necesariamente formales, también los hay informales, pudiendo ser escritos, verbales y aún tácitos.” (Consejo de Estado. Sala Segunda. Sentencia de abril 20 de 1983).²³

A similar conclusión llegó el Consejo de Estado en sentencia del 25 de febrero de 1999: “El sistema colombiano no exige formalidades determinadas para la conformación del acto administrativo, de tal manera que puede ser verbal, escrito y hasta simbólico. Lo único importante es que reúna los requisitos esenciales que la doctrina y la jurisprudencia le han venido indicando, esto es que sea una declaración de la voluntad administrativa con consecuencias jurídicas...”²⁴

Ahora bien, contrastado lo anterior con los elementos estructurales que

identifican toda Orden de Operaciones, podemos concluir que, efectivamente como lo ha venido afirmando el Tribunal Superior Militar, éstas constituyen auténticos actos administrativos, no obstante lo *sui generis* que pueda resultar su forma. Queda entonces expresar dos consideraciones, a todas luces, pertinentes:

Primero.- La ORDOP cumple con todos y cada uno de los elementos esenciales del acto administrativo, de la siguiente manera:

- **Elemento Subjetivo u Órgano competente:** La orden es suscripta por un agente del Estado identificable – facultado para el efecto–, el Comandante de la unidad militar.
- **Elemento Objetivo o Voluntad Administrativa:** Este elemento se cumple en el apartado correspondiente a la fase de ejecución, en el que se expresa, además de la misión, la intención del comandante, el propósito de la operación, concepto de la operación y determinación de la normatividad aplicable.
- **Elemento Causal:** la fundamentación o motivación de la orden se encuentra dada a lo largo del documento en el que formaliza (expresada en términos de *necesidad militar*). Concretamente se puede identificar en el momento de la determinación de la misión, y ejecución especialmente.

22 Corte Constitucional. Sala Plena de Constitucionalidad. Sentencia T-807 del 29 de junio del 2000. Referencia: expediente T- 298.017. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

23 Ibíd.

24 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Providencia del 25 de febrero de 1999. Radicación número: 2074. Consejero ponente: Roberto Medina López.

- **Elemento Finalista:** El sustento usual de una ORDOP es dar cumplimiento a un planeamiento surtido en los escalones superiores del mando, correspondientes a la política gubernamental de seguridad y defensa nacional, el plan de campaña, el plan de guerra y el plan de operaciones proveniente de estamentos de mayor jerarquía, como puede ser del plan de guerra, plan de combate, entre otros; los cuales determinan las directrices y orientación del actuar de las Fuerzas Militares del Estado Colombiano.
- **Elemento Formal:** A pesar que en el derecho administrativo no existen formas especiales genéricas para los actos administrativos, excepto en los casos en que dichas formas estén expresamente previstas en los textos, en la doctrina militar, tal y como se estableció en apartado anterior, la ORDOP puede ser emitida de forma verbal, escrita o tipo calco, pero siempre cumpliendo las características de ser una orden administrativa que exprese una voluntad legítima, y que ésta se emite con la intención de producir efectos legales jurídicos.

Segundo.- El hecho de que la ORDOP pueda ser emitida de forma verbal o escrita, no desnaturaliza su carácter jurídico, en cuanto que, el ordenamiento jurídico colombiano no exige formalidades determinadas para la conformación del acto administrativo, de tal manera que puede ser verbal, escrito y hasta simbólico. Es entonces lo que determina el carácter de acto administrativo de la orden que se esté ante un acto administrativo, es el que se trate

efectivamente de una declaración de la voluntad de la administración con consecuencias jurídicas; presupuesto que indudablemente cumple la ORDOP.

Tercero.- Caracterizada la ORDOP como acto administrativo, se le otorga en consecuencia, resulta procedente –constituyendo una consecuencia necesaria– reconocerle a esta clase de orden los atributos básicos que son propios de aquellos, tales como: obligatoriedad, presunción de legalidad y ejecutoriedad.

CAPÍTULO IV

IV.1. CRITERIOS QUE REGULAN EL USO DE LA FUERZA EN ESTA CLASE DE OPERACIONES

Ahora bien, dado que se trata de una operación de combate irregular, el empleo de las armas de fuego por parte de los miembros de las Fuerzas Militares –deber predicable de toda persona que intervenga directamente en las hostilidades o asuma una función continua de combate– ha de atender obligatoriamente los principios y reglas que contempla, el Derecho Internacional Humanitario; es decir se podrá emplear recursos, métodos y medios no prohibidos, pero indispensable para cumplir la misión, procurando incurrir en el menor costo en recursos propios, personas y bienes, observando entonces los principios del DIH y la Doctrina Militar, así como el derecho interno en lo que sea pertinente.

Dicho lo anterior se hace necesario diferenciar los criterios de regulación del uso de la fuerza en el marco de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así:

USO DE LA FUERZA EN EL MARCO DEL DIDH ²⁵	USO DE LA FUERZA EN EL DIH DERECHO HUMANITARIO
Proporcionalidad: exige la existencia de un equilibrio entre la gravedad del hecho o la agresión que requiere la intervención del funcionario, y la fuerza que éste emplea en procura de controlar dicha situación, es decir que es la adecuación de la medida al fin. El empleo de las armas debe ser inevitable y necesario por parte de los funcionarios para hacer cumplir la Constitución y la Ley. Actuarán en proporción a la gravedad de la situación que se les presenta, se deben reducir al máximo los daños y lesiones que se puedan presentar a la vida humana. -Principio de necesidad: El uso de la fuerza debe ser excepcional y necesaria con la intención de prevenir el hecho irregular, será necesario tal uso solo cuando sea en defensa propia o ante amenaza inminente de muerte o lesiones que pongan en peligro la vida de terceros como del propio funcionario. -Principio de oportunidad: Cuando es necesaria la intervención de los funcionarios con el fin de hacer cumplir la Constitución y la Ley, y con el fin de controlar una situación en particular, estos deben medir el uso de la fuerza a emplear Se deben agotar en un primer momento todos los medios de convencimiento con el fin de brindar la oportunidad a las personas que se encuentran generando la situación irregular que por su propio querer no persistan en dichos comportamientos. - Se deben emplear medios preventivos, como intimidación o el contacto visual. Si con ello no se logra evitar la amenaza, una vez agotadas las anteriores y antes de ejercer la fuerza en el nivel reactivo, se realizarán las advertencias correspondientes, para dar lugar al uso de la fuerza defensiva y la utilización de armas. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, emplearán las armas de fuego solo en defensa propia o en la de otras personas, en caso de peligro inminente, o con el propósito de evitar la comisión de un hecho que amenace la vida. -La fuerza a usar en primera medida es la no letal, utilizando los métodos policiales y debe ser en legítima defensa, propia o de un tercero.	Proporcionalidad: Es necesario evaluar si los daños a las personas que no participan directamente en las hostilidades o a los bienes civiles resultan excesivos (daños colaterales o incidentales) con relación a la ventaja militar concreta y directa prevista. En la medida de que no resulten excesivos dichos daños, es lícito emplear la fuerza letal sobre objetivos militares concretos y definidos, procurando hacerlo de manera sorpresiva y anticipada. Necesidad militar: Es el empleo de todos los recursos, métodos y medios no prohibidos, pero indispensables para cumplir la misión. Están permitidas las estratagemas o ardides de guerra, emboscadas, camuflaje, los engaños, las operaciones simuladas y las informaciones falsas que tiendan a confundir al adversario. - El uso de la fuerza es letal, porque está dirigido a un objetivo militar, se utiliza de acuerdo a la necesidad militar. Principio de distinción: es obligación de las partes en conflicto distinguir o diferenciar entre combatientes y no combatientes (o en términos propios de un conflicto armado sin carácter internacional, entre quienes participan directamente en las hostilidades y quienes no lo hacen, o entre quienes ostentan una función continua de combate y los que no) Las personas que no participen directamente en las hostilidades no pueden ser objeto de ataque directo, a menos que pierdan, de manera temporal, dicha protección, precisamente si deciden hacerlo. - Principio de limitación: está prohibido el empleo de medios y métodos de combate que causen daños superfluos o indiscriminados, males innecesarios o daños excesivos en la población civil o sus bienes, así como daños graves y duraderos en el medio ambiente.

25 Una de las fuentes internacionales más importantes al respecto, es la declaración de Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana, Cuba, el 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. De manera específica, los principios 9 y 10 explican prolijamente lo resumido en el cuadro del texto:

A los miembros de las Fuerzas Militares les es lícito hacer uso anticipado y sorpresivo de la fuerza letal (salvo los inevitables e ineludibles eventos excepcionales que no guarden relación con las hostilidades que demanden de su parte una acción coercitiva, ya sea porque se encuentra en peligro un derecho propio o ajeno o para impedir la comisión de un delito), sin que constituya un imperativo propio del Derecho Internacional Humanitario, que alerten al adversario de un ataque.

Entre diciembre de 2007 y agosto de 2008, al menos 16 hombres jóvenes desaparecieron en extrañas circunstancias del municipio de Soacha (Cundinamarca). Algunos de ellos informaron a sus familias que partían a atender una oferta de trabajo a Santander. Otros, simplemente no regresaron a sus casas. Todos ellos fueron reportados posteriormente como muertos en combate por tropas del Batallón Francisco de Paula Santander o por la Brigada Móvil 15. Ambas unidades adscriptas a la Segunda División del Ejército Nacional

El escándalo estalló en agosto de 2008, cuando las madres de los jóvenes de Soacha, se unieron para reclamar por sus hijos, luego de varios meses de incertidumbre sobre su paradero, de búsquedas infructuosas,

de la indiferencia y la falta de respuesta por parte de las autoridades del Estado. Los cuerpos de los jóvenes aparecieron, inexplicablemente, a 700 kilómetros de distancia de Soacha, enterrados como N.N. (sin nombre), en una fosa común de Ocaña, (Norte de Santander), reportados falsamente por el Ejército como delincuentes, paramilitares o guerrilleros muertos en combate. Cuando esos reclamos tomaron notoriedad pública, familias de todo el país comenzaron a denunciar la desaparición y homicidio de seres queridos en circunstancias similares.”

Se tiene así, entonces, una visión del problema desde el interior de las instituciones defensoras de derechos humanos y de algunos medios de comunicación, que echan en una sola bolsa a todos los miembros del ejército y les colocan el INRI de responsables de graves infracciones al derecho internacional humanitario, sin hacer distinción.

Al analizar cada una de las posibles conductas que a diario se les imputa a los militares incursos en estas investigaciones, podremos ir decantando y estableciendo su grado de responsabilidad y participación, así quedará planteado que el afán de la Fiscalía de mostrar resultados, también los ha llevado a cometer falso positivos jurídicos,

“9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y solo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, **salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.**” Resaltado fuera de texto.

condenando a personas que solo pasaron por las filas del ejército de forma obligatoria, por cumplir un deber constitucional y poderse emplear.

IV.2. DIFERENCIAS ENTRE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (EN ADELANTE, DIDH)

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) es un conjunto de normas jurídicas que tiene como fin regular los efectos de los conflictos armados, protegiendo a los bienes de carácter civil, así como a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que hayan dejado de hacerlo, y estableciendo límites en empleo o utilización de ciertos medios y métodos de guerra. En términos más sencillos, constituye un conjunto articulado de reglas de obligatorio cumplimiento para la conducción lícita de las hostilidades; por tanto, su fin, más que prohibitivo, es regulatorio de la guerra. De manera muchísimo más técnico y exhaustivo, el Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA), elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (Ginebra 1998)²⁶, ofrece la siguiente definición:

*“Conjunto de normas del derecho internacional de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinadas a regular problemas acaecidos en período de **conflictos armados internacionales** o **no internacionales**. Estas normas restringen, entre otras cosas, la elección de las **Partes en conflicto***

*en cuanto a los **métodos, medios y objetivos de combate** en una situación operacional determinada. Sus disposiciones se aplican en particular a:*

- a. *las **hostilidades** en general;*
- b. *la conducción del combate por las **fuerzas armadas**;*
- c. *el comportamiento de los combatientes;*
- d. *d) la protección de las personas afectadas por el conflicto (**personas civiles, personal sanitario y religioso, personal de la protección civil, de la protección de los bienes culturales, combatientes**).*

*El derecho de los conflictos armados comprende igualmente el derecho de la **neutralidad**, que rige los derechos y los deberes respectivos de los Estados beligerantes y de los Estados neutrales.*

*Ratione temporis, el derecho de los conflictos armados entra en vigor, según el caso, cuando hay **estado de guerra** o al comienzo de una ocupación que no encuentra resistencia. Cesa de aplicarse al terminar el estado de guerra o cuando las personas protegidas caídas en poder del enemigo son repatriadas.*

*Ratione loci, si se hace referencia al hecho de que el estado de guerra también produce efectos jurídicos sobre los Estados que no participan en un conflicto determinado, la aplicabilidad del derecho de los conflictos armados tiene un ámbito ilimitado. Si se hace referencia al espacio en el que es lícito el ejercicio de la violencia, es decir el espacio denominado **región de guerra**, su*

aplicabilidad es, en cambio, limitada. El derecho en cuestión se aplica no solamente a los Estados Partes en los tratados relacionados con dicho derecho, sino también a los Estados y a los movimientos de liberación nacional que, aunque no sean Partes en dichos instrumentos jurídicos, acepten aplicarlos y los apliquen de hecho.

*Los Estados tienen la obligación de garantizar el respeto, en todas las circunstancias, de las normas del derecho de los conflictos armados; este deber implica el de asegurar, ya en tiempo de paz, la **difusión** de esas normas, así como la obligación de reprimir las infracciones o **infracciones graves** de dichas normas.”*

A su vez, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH, es aquel conjunto de normas que tiene como fin la protección de los derechos individuales y sociales inherentes a la condición humana, sin distinción de religión, raza, edad, sexo, condición social y pensamiento²⁷. Para los efectos y fines del presente análisis entenderemos, además, por tales el conjunto de principios y reglas jurídicas que tienen por objeto regular la respuesta institucional a las situaciones que alteran el orden público interno o amenazan la seguridad

ciudadana, que no tienen relación directa con el desarrollo de las hostilidades (Vbg. Tensiones internas, disturbios interiores o la actividad delincuencial). Entre los principales documentos que recogen los criterios para el uso de la fuerza en estas situaciones se tienen, el código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Adoptado por la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979), los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990) y, a nivel interno, el Código Nacional de Policía de 1970. Veamos entonces, esas diferencias de los marcos normativos internacionales regulatorios y aceptados en nuestro país en esta clase de situaciones:

Vistas las anteriores diferencias entre uno y otro ordenamiento, no cabe duda que las normas de Derechos Humanos (Derecho Internacional de los Derechos Humanos) no son aptas para regular la dinámica propia de los conflictos armados, dado que adolecen de disposiciones específicas en la

27 Conforme la definición del citado Diccionario de Derecho Internacional Aplicable a los Conflictos Armados del Comité Internacional de la Cruz Roja (1998), los Derechos Humanos constituyen el “Conjunto de libertades de las que puede beneficiarse el individuo en sus relaciones con otros individuos o con el Estado. Los principios que fundamentan estos derechos han sido objeto, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, de un notable impulso, gracias a fuertes corrientes de opinión que se han consolidado en la Organización de las Naciones Unidas o de organizaciones zonales, tales como el Consejo de Europa. La expresión “derechos humanos” abarca hoy una vasta gama de derechos y de garantías del individuo que comprenden esencialmente: el derecho a la integridad física y mental, a la libertad de movimiento, a la libertad personal, a la de pensamiento, de reunión y de asociación, a la igualdad, a la propiedad, a la realización de sus aspiraciones, a la participación en la vida política. La Asamblea General de las Naciones Unidas afirmó el principio según el cual los derechos humanos deben ser plenamente respetados incluso durante los períodos de conflicto armado (cf. NU 1948/2; CEDH 1950; NU 1966/2; NU 1968/2, CADH 1969).”

conducción lícita de las hostilidades. Esto así, no obstante las tensiones complejas que implica la no suspensión del denominado “núcleo duro” de derechos y las reglas de la guerra, solo resueltas a favor de la especialidad regulativa de estas últimas. Aplican para regular los conflictos armados, esta normatividad es típicamente aplicable en las operaciones desplegadas por la Policía Nacional. Para ello la Policía Nacional se prepara y capacita para efectos de proteger y respetar a la ciudadanía en general, en su integridad, en cualquier tiempo, bajo cualquier condición en que se encuentre el país, protegiendo a los mismos, respetando y haciendo respetar sus derechos civiles.

Las normas de Derecho Internacional Humanitario son típicamente aceptadas y aplicadas en el desarrollo de conflictos armados. En el caso colombiano, dichas normas son aplicadas desde la planeación y ejecución por parte de las Fuerzas Militares de las Órdenes de Operaciones (ORDOP), por medio de las cuales se da cumplimiento a la misión asignada por la Constitución Nacional y la Ley.

El conflicto armado internacional es la confrontación bélica entre Estados, aunque uno de ellos no haya reconocido el estado de guerra. Este puede consistir en enfrentamientos de baja intensidad o pequeñas incursiones en el territorio enemigo. En desarrollo de un conflicto armado internacional se deben aplicar los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relacionados con la protección a la población civil; el Protocolo adicional I de 1977.

Por el contrario el conflicto armado interno es aquel que se presenta al interior de un Estado, donde existen grupos armados no gubernamentales que van en contra de las fuerzas armadas de Estado o que se

enfrentan entre ellos, por motivos étnicos, políticos, económicos o religiosos. En esta clase de conflicto se aplica una serie más limitada de normas tales como el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, el derecho consuetudinario que se origina por las prácticas aceptadas como derecho por los Estados, el Derecho Nacional, el núcleo duro de los Derechos Humanos y la doctrina militar.

Respecto a las normas que regulan el conflicto armado interno, Colombia ha incorporado a su ordenamiento interno, entre otras, las siguientes:

El artículo 3º Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en relación con las reglas humanitarias que rigen los conflictos armados sin carácter internacional expresa: *Artículo 3: En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:*

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

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a. los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el

homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

- b. la toma de rehenes;
- c. los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d. las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

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

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

El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, fue incorporado en la legislación mediante la Ley 171 de 1994, que estableció en el artículo 1º lo siguiente:

Artículo 1º Ámbito de aplicación material.

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales

(Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo .

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

El Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (1977), respecto del cual la Corte Constitucional, en Sentencia No. C-225 de 1995²⁸, manifestó que:

“(…) La perspectiva de la humanización de la guerra no significa, en manera alguna, que el Protocolo II esté legitimando la existencia de los conflictos armados internos o el recurso a los instrumentos bélicos por grupos armados irregulares, como equivocadamente lo sostiene uno de los intervinientes. En efecto, como ya se señaló en esta sentencia, la aplicación del derecho internacional humanitario no menoscaba la responsabilidad del Gobierno de preservar el orden público, por lo cual se mantiene el deber del Estado colombiano, y en particular de la Fuerza Pública, de garantizar la convivencia pacífica entre los ciudadanos y asegurar la paz.

28 Expediente No. L.A.T.-040; MP. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO Revisión constitucional del "Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados.

Ahora bien, desde una perspectiva constitucional, la paz no debe ser entendida como la ausencia de conflictos sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente. Ya esta Corporación había señalado que no debe ser la pretensión del Estado social de derecho, negar la presencia de los conflictos, ya que éstos son inevitables en la vida en sociedad. Lo que sí puede y debe hacer el Estado es “proporcionarles cauces institucionales adecuados, ya que la función del régimen constitucional no es suprimir el conflicto –inmanente a la vida en sociedad– sino regularlo, para que sea fuente de riqueza y se desenvuelva de manera pacífica y democrática”. Por consiguiente, en relación con los conflictos armados, el primer deber del Estado es prevenir su advenimiento, para lo cual debe establecer mecanismos que permitan que los diversos conflictos sociales tengan espacios sociales e institucionales para su pacífica resolución. En ello consiste, en gran parte, el deber estatal de preservar el orden público y garantizar la convivencia pacífica.”²⁹

Así, ninguna de las normas convencionales de derecho internacional humanitario expresamente aplicables a los conflictos internos –a saber el artículo 3º común y este protocolo bajo revisión– regula, en detalle, los medios legítimos de combate y la forma de conducción de las hostilidades. Sin embargo, la doctrina internacional considera que estas reglas, provenientes del derecho de la guerra, son aplicables a los conflictos armados internos, puesto que ésta es la única forma de verdaderamente proteger a las eventuales víctimas de tales conflagraciones.

IV.3. LA APLICABILIDAD DEL PROTOCOLO II EN COLOMBIA

El artículo 1º regula el ámbito de aplicación material del Protocolo II, y establece unos requisitos “*ratione situationis*” más estrictos que el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra 1949. En efecto, mientras que el artículo 3º común regula todo conflicto armado interno que desborde el marco de los disturbios interiores o las tensiones internas, el Protocolo II exige que los grupos irregulares tengan un mando responsable y un control territorial tal que les permita realizar operaciones militares concertadas y sostenidas, y aplicar las normas humanitarias.

Estas exigencias del artículo 1º podrían dar lugar a largas disquisiciones jurídicas y empíricas destinadas a establecer si el Protocolo II es aplicable o no en el caso colombiano. La Corte considera que esas discusiones pueden ser relevantes a nivel de los compromisos internacionales del Estado colombiano. Sin embargo, frente al derecho constitucional colombiano, la Corte concluye que tal discusión no es necesaria pues, tal como lo señala el concepto del Ministerio Público, los requisitos de aplicabilidad del artículo 1º son exigencias máximas que pueden ser renunciadas por los Estados, ya que el Protocolo II es un desarrollo y complemento del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949. Ahora bien, la Constitución colombiana establece claramente que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario (CP art. 214 numeral 2º). Esto significa, entonces, que, conforme al mandato

29 Conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)“ hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

constitucional, el derecho internacional humanitario, incluyendo obviamente el Protocolo II, se aplica en Colombia en todo caso, sin que sea necesario estudiar si el enfrentamiento alcanza los niveles de intensidad exigidos por el artículo 1º estudiado.

En ese mismo orden de ideas, el ordinal segundo de este artículo señala que el Protocolo II no se aplica “a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”. La Corte considera que éste también es un requisito de aplicabilidad en relación con los compromisos internacionales del Estado colombiano pero que, frente al derecho constitucional colombiano, prima la perentoria regla del artículo 214 ordinal 2º. Por consiguiente, frente a situaciones de violencia que no adquieran connotación bélica o las características de un conflicto armado, las exigencias de tratamiento humanitario, derivadas del derecho internacional humanitario, de todas formas se mantienen. Las normas humanitarias tienen así una proyección material para tales casos, pues pueden también servir de modelo para la regulación de las situaciones de disturbios internos. Esto significa que, en el plano interno, la obligatoriedad de las reglas del derecho humanitario es permanente y constante, pues estas normas no están reservadas para guerras internacionales o guerras civiles declaradas. Los principios humanitarios deben ser respetados no sólo durante los estados de excepción sino, también, en todas aquellas situaciones en las cuáles su aplicación sea necesaria para proteger la dignidad de la persona humana.

Este artículo será entonces declarado constitucional, en el entendido de que hace referencia a las condiciones de aplicabilidad

Protocolo II frente al derecho internacional, pero que no modifica el claro mandato constitucional, según el cual “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

El artículo 2º señala el ámbito de protección del Protocolo II, y establece que sus disposiciones cubren a todas las personas afectadas por un conflicto armado, sin discriminaciones desfavorables, norma que coincide plenamente con el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta, por lo cual es claramente exequible.

El artículo 4º del tratado bajo revisión recoge esa regla, esencial para la efectiva humanización de cualquier conflicto armado, puesto que establece que los no combatientes, estén o no privados de libertad, tienen derecho a ser tratados con humanidad y a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas.

Este artículo 4º también adelanta criterios objetivos para la aplicación del principio de distinción, ya que las partes en conflicto no pueden definir a su arbitrio quién es o no combatiente, y por ende, quién puede ser o no objetivo militar legítimo. En efecto, conforme a este artículo 4º, el cual debe ser interpretado en armonía con los artículos 50 y 43 del protocolo I, los combatientes son quienes participan directamente en la hostilidades, por ser miembros operativos de las fuerzas armadas o de un organismo armado incorporado a estas fuerzas armadas. Por ello, este artículo 4º protege, como no combatientes, a “todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas”. Además, como lo señala el artículo 50 del Protocolo I, en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. Ella no podrá ser

entonces objetivo militar. Es más, el propio artículo 50 agrega que “la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil”. En efecto, tal y como lo señala el numeral 3° del artículo 13 del tratado bajo revisión, las personas civiles sólo pierden esta calidad, y pueden ser entonces objetivo militar, únicamente “si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.”

En ese orden de ideas, la Corte no comparte el argumento, bastante confuso, de uno de los intervinientes, para quien la protección a la población civil es inconstitucional, por cuanto los combatientes podrían utilizar a esta población como escudo, con lo cual la expondría “a sufrir las consecuencias del enfrentamiento”. Por el contrario, la Corte considera que, como consecuencia obligada del principio de distinción, las partes en conflicto no pueden utilizar y poner en riesgo a la población civil para obtener ventajas militares, puesto que ello contradice su obligación de brindar una protección general a la población civil y dirigir sus operaciones de guerra, exclusivamente, contra objetivos militares.

Los instrumentos internacionales que acaban de enlistarse, se tienen por incorporados a la Constitución Política, por vía de su ratificación, integrando el conocido Bloque de Constitucionalidad, reconociéndoseles así, el mismo carácter jurídico superior predicable de las disposiciones consagradas expresamente en su texto:

ARTÍCULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia

ARTÍCULO 94: enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

ARTÍCULO 112. INCISO 2: Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república.

ARTÍCULO 214: que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario

Es decir que los convenios y tratados internacionales sobre derecho internacional humanitario que han sido ratificados por Colombia, están integrados al ordenamiento jurídico interno, en la medida en que estos forman parte del bloque de constitucionalidad, armonizándose de esta manera el principio de supremacía de la Constitución como norma de normas, con prevalencia de los tratados internacionales.

En términos generales y como se ha venido advirtiendo, no cabe duda que en la planeación y ejecución de una Orden de Operaciones (que disponga el desarrollo de operaciones de combate irregular, esto es, de control militar de área, psicológicas, de seguridad y defensa de la Fuerza y de acción ofensiva) los principios y reglas a aplicar

son las que integran el Derecho Internacional Humanitario, articuladas con el precedente constitucional que haga referencia específica al asunto y que no representen una interpretación errada de los mismos (*Pacta sum servanda*), los manuales y reglamentos

expedidos por las Fuerzas Militares como guía a sus propias tropas para la conducción lícita de las hostilidades (En adelante, cuando se haga alusión a estos últimos cuerpos normativos se empleará el término “*Doctrina Militar*”).

REFERENCIAS.

Colombia – Ministerio de Defensa – Tribunal Superior Militar. Providencial del 14 de abril de 2005. Radicado: 2005-150269-GDS-A-Homicidio y Otro- Causal de Justificación. Magistrado Ponente: Mayor (r) Salomón Gómez Dueñas.

Comité Internacional de la Cruz Roja (Colombia) en coedición con Tercer Mundo Editores, 1998, Pág. 42.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Providencia del 25 de febrero de 1999. Radicación número: 2074. Consejero ponente: Roberto Medina López

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de marzo de 1971. Radicación número: 1725. Consejero ponente: LUCRECIO JARAMILLO VELEZ.

Corte Constitucional. Sala Plena de Constitucionalidad. Sentencia T-807 del 29 de junio del 2000. Referencia: expediente T- 298.017. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

DECRETO 1355 DE 1970. “Por el cual se dictan normas sobre policía”.

Expediente No. L.A.T.-040; MP. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO Revisión constitucional del “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

PHILIP ALSTON, Relator Especial de Naciones Unidas para Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, durante su visita a Colombia en 2009. Ver: Declaraciones del Profesor Philip Alston, Boletín de prensa, Bogotá, 18 de junio de 2009.

Reglamento de Operaciones en Combate Irregular FF-MM 3-10. El combate no solo es el acto de la confrontación sino que tiene varias etapas y características como son el secreto, la reducción de vulnerabilidades, la rapidez, sorpresa seguridad, la preservación de la integridad, la iniciativa, continuidad apoyo logístico, aprovechamiento de las características del terreno, el apoyo de población civil.

República de Colombia –Ministerio de Defensa – Tribunal Superior Militar. Sentencia del 04 de marzo de 2009. Radicado: 018-155644-6889-EJC-P. Magistrado Ponente: Teniente Coronel Camilo Andrés Suárez Aldana.

República de Colombia. Fuerzas Militares de Colombia. Ejército Nacional. Proyecto de Manual de Planeamiento Militar. Pág. 19 y 20.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Acto Administrativo. Teoría General. Editorial Legis. Tercera edición 2004. Pág. 53.

Sentencia del 4 de marzo de 2009, proceso No. 018-155644-6889-EJC-P, MP. Teniente Coronel CAMILO ANDRES SUAREZ ALDANA

Sentencia del 29 de enero de 2008, Proceso No. 152103-9030-XIV, MP. CT (RVA). GUSTAVO PIRABAN CUESTO

Tribunal Administrativo De Cundinamarca. Sección primera. Subsección b. providencia No.118 del 11 de agosto de 2005. Expediente: 11001-23-24-00-2002-0605. Magistrado ponente: Fredy Ibarra Martínez.

Gerald Campos Valverde (Costa Rica)¹

LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO Y EL DERECHO DE DEFENSA

Sumario: Introducción.- 1.- LA DECLARACIÓN DE LA PERSONA IMPUTADA. 1.1.- Derecho a guardar silencio (*nemo damari ipsum accusare*). 1.2.- Fundamentos. 1.3.- Antecedentes. 1.4.- Requerimientos que no implican declaraciones. 1.5.- Voluntariedad de la declaración. 1.6.- La mentira. 1.7.- La valoración del silencio. 2.- DERECHO AL TRADUCTOR Y/O INTÉRPRETE. 3.- DERECHO A LA ASISTENCIA CONSULAR. 4.- CONCESIÓN DE MEDIOS Y TIEMPO PARA PREPARAR LA DEFENSA. 5.- DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LA ACUSACIÓN EN EL PROCESO PENAL. 6.- DERECHO A SER OÍDO Y FORMULAR ALEGACIONES EN LA DEFENSA DEL PROCESO PENAL. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Lo primero que debe hacerse es justificar la defensa y particularmente la técnica. Generalmente la comunidad –sobre todo si ha habido intervención de la prensa–, no concibe que una persona que aparezca como culpable, confute la imputación y se haga representar por un abogado.

A toda persona se le presume inocente. Salvo que una sentencia, en firme, previa concesión al imputado de la oportunidad para conocer las pruebas, en el idioma nativo, obtenidas legalmente, incorporadas al proceso, por medio de la intermediación y contradicción, se declare lo contrario.

El letrado hace valer ese trato de inocente. El Estado tiene interés en que la sentencia que declare la culpabilidad de un acusado, haya sido

1 Licenciado en Derecho y Notario Público en la Universidad de San José (Costa Rica). Máster en Derecho Empresarial en la Universidad para la Cooperación Internacional (U.C.I.). Subdirector General Organismo de Investigación Judicial en Costa Rica. Conferencista Internacional en Centro y Sudamérica.

precedida de la observancia del debido proceso, si quiere ser reconocido como un Estado de Derecho y la defensa, está al servicio de esta tarea.²

1. LA DECLARACIÓN DE LA PERSONA IMPUTADA

Se ha dicho que la declaración de la persona imputada consiste en un acto pre-dispuesto por la ley procesal, para que ejercite su defensa material, bien guardando silencio o brindando manifestaciones verbales, referidos al hecho que se le enrostra y que previamente se le ha hecho conocer, junto con las pruebas existentes.³

La jurisprudencia constitucional costarricense ha dicho, con respecto a la declaración del imputado, como garantía constitucional del derecho a la defensa (Cfr. S.C.C.R No 4242-2002).

Se discute su naturaleza de si se trata de un medio de defensa o un medio de prueba. Parte de la doctrina señala que se

trata de un medio de defensa, contrario a lo que ocurrió en un momento pretérito gobernado por la Inquisición.⁴ Es decir, es el acto por medio del cual ejerza su defensa material.

Pero no podemos pretender, que al escuchar la declaración del imputado, el juez haga oídos sordos a aquellas manifestaciones vertidas por aquel, que pueden vertebrar la acusación. En este sentido, convenimos en que es un medio de defensa, pero no puede negarse la naturaleza de medio de prueba.⁵

1.1. Derecho a guardar silencio (nemo damari ipsum accusare)

Lo que busca el proceso penal es el descubrimiento de las afirmaciones de la acusación. Los que no siempre coinciden con la verdad histórica. Quien en ocasiones puede tener mejor información sobre este tema, es la persona imputada. Es decir, es el sujeto, en mejor condición de probar. Pero está cobijado por el principio de presunción

2 Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores El Puerto, Argentina, 2003, p. 135.

3 Cafferata N. José I. Y otros. Manual de Derecho Procesal Penal. 3º Edición, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2012, p. 261.

4 Cafferata N. José I. Y otros, op. cit. P. 261.

5 La jurisprudencia de la Sala Penal costarricense ha señalado, con evocación de autorizada doctrina que la declaración de la persona imputada es a la vez que un medio de defensa, un medio de prueba apreciable, como todos, conforme a las reglas de la sana crítica racional. Así, se ha declarado jurisprudencialmente que: "...debe señalarse que si bien la declaración indagatoria del imputado constituye un medio de defensa, ello no es obstáculo para sustentar en esa deposición los hechos acreditados, cuando el resultado eventual de dicha declaración es el reconocimiento de culpabilidad, luego de valorarla de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, pues la confesión -entendida como el reconocimiento formulado libre y voluntariamente, con respeto de las garantías que le favorecen, ante la autoridad judicial por el imputado, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra- es una prueba (en este mismo sentido véase la resolución de esta Sala V-275-F de las 10:15 horas del 21 de octubre de 1988. Véanse además CAFFERATA NORES, José: La Prueba en el Proceso Penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, págs. 167 a 173; MAIER, Julio: Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., tomo I, vol. b, 1989, págs. 434 a 444; y GARITA VILCHEZ, Ana Isabel y otros: La Defensa Pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno, San José, ILANUD, 1991, págs. 82 a 83)" (V-235-F de las 10:00 hrs. del 31 de mayo de 1993)."

de inocencia. Lo cual implica, que la carga de la prueba la tiene quien acusa. Ello implica que no está obligado a declarar. Si no está obligando a declarar y por el contrario puede mantenerse silente, de ese mutismo no puede inferirse su culpabilidad.

Puede decirse, con Reyna Alfaro, que el derecho a no auto incriminarse tiene como sustento el natural de que toda persona posee de intentar ocultar sus propias faltas, por tanto, no puede exigirse al ciudadano que vulnere su propia esfera jurídica a través de la declaración en su contra.⁶

En consecuencia, la persona imputada es incoercible moralmente. No puede ser inducido, engañado, constreñido o violentado a declarar ni a producir prueba en contra de su voluntad.⁷ En todo caso, debe asegurarse que si renuncia a ese derecho, lo haga de modo expreso e inequívoco.

En la fase plenaria la persona acusada podrá hacer uso de esta prerrogativa de modo total o parcial. Es decir, si tiene derecho a mantenerse silente y, si de esa conducta no puede inferirse -en virtud de la regla de inocencia-, presunción de culpabilidad. Perfectamente puede declarar y abstenerse de ser sometido al interrogatorio de todas o solamente alguna de las partes.⁸

1.2. Fundamentos

Esta prohibición de no coerción moral de la persona imputada, tiene su origen en la regla de presunción de inocencia⁹. La persona imputada no puede ser sujeto de prueba. Este derecho a no ser constreñido a declarar en su contra, está contenido en el plexo normativo internacional de protección de los derechos humanos.¹⁰

6 La defensa del imputado. Perspectivas garantistas. Jurista Editores, Lima, Perú, 2015 p. 52-53.

7 Cafferata, José I. y otros. Manual de Derecho Procesal Penal. 3ª edición, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2012, p. 260.

8 Este derecho de abstención de declarar abarca a los coimputados sobreseídos o absueltos. (Sala Penal de Costa Rica voto No 2006-00158 de las 10:30 horas del 24 de febrero del 2006), resuelve que los coimputados sobreseídos o absueltos pueden ser llamados a declarar como testigos, sin embargo, debe advertírseles que tienen derecho a abstenerse de declarar o bien, abstenerse de responder preguntas de las partes. (Sala Penal Costa Rica N°457-2010 de las 9:40 horas del 21 de mayo del 2010).

9 MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal, I. Fundamentos, Editores del Puerto, 2ª edición, Buenos Aires, 1996, p. 443. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en el artículo 8.2 ab initio, lo siguiente: "... Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad."

10 La Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. (art.8.2.g). Por los mismos andariveles se decanta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El ordinal 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948 establece que "nadie será sometido a tortura ni a... tratos crueles, inhumanos o degradantes", estableciéndose en su art. 10 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 las garantías necesarias para su defensa". La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana, con fecha 2/5/1948, establece que "se presume que todo acusado es inocente, hasta que no se pruebe que es culpable".

1.3. Antecedentes

La magistratura constitucional costarricense ha señalado: en la resolución número 05977-94: *“... La garantía de no declarar en contra de sí mismo surgió, principalmente como respuesta a la costumbre, entronizada en algunos países y aceptada en sistemas inquisitivos de organización no democrática, de obtener la confesión del imputado mediante tortura, lo que impedía que el acusado fuera juzgado con imparcialidad como lo requiere la ley. Modernamente se acepta también que una persona tiene derecho a no coadyuvar con quienes pretenden quitarle su libertad, porque se entiende que este es uno de los bienes más preciados del ser humano, de allí que sea lógico que un acusado, no esté obligado a procurarse un daño a sí mismo...”*

Antecedentes normativos remotos los encontramos en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, que recepta la regla de inocencia, la cual impide la coerción moral del reo: *“IX. Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido declarado convicto. Si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley.”*

La Declaración de Derechos de Virginia, adoptada el 12 de junio de 1776, está considerada la primera declaración de derechos humanos moderna de la historia, aunque tiene un importante antecedente en la Carta de Derechos Inglesa (Bill of Rights) de 1689, señala lo siguiente, en el artículo VIII: *“Que en todo juicio capital o criminal, un hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de la acusación, a ser*

confrontado con los acusadores y testigos, a solicitar pruebas a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime, no puede ser declarado culpable; ni tampoco se le puede obligar a presentar pruebas contra sí mismo; que ningún hombre sea privado de su libertad, salvo por la ley de la tierra o el juicio de sus pares.”

Ambos textos normativos consagran de modo explícito o implícito, la regla del trato de inocente. Ello implica que siendo deber del Estado dar confianza de inocente a la persona imputada de delito, no puede exigir que ella declare en su contra, pues la carga de la prueba recae en quien hace la imputación.

Es en la jurisprudencia norteamericana donde tiene un importante desarrollo, a partir de la doctrina Miranda. Antecesor del caso Miranda, es, **Escobedo c\ Illinois** (1964).- La jefatura de policía estaba interrogando a Escobedo, a pesar de que este, en repetidas ocasiones, pidió permiso a los policías para hablar con su defensor; al tiempo que su abogado, en múltiples oportunidades, solicitó a otros policías autorización para entrevistarse con Escobedo.- No le permitieron comunicarse.- Escobedo confesó el homicidio, pero solamente después de triquiñuelas por parte de los oficiales, con ayuda de un cómplice de él.- En el decreto que revocó la condenatoria por homicidio, el Tribunal Supremo insistió en que Escobedo, y por supuesto otros imputados también, merecían un abogado desde el momento en que el proceso dejara de ser una **investigación y se concretara en la acusación.**- La acción de los policías de no permitir una reunión entre Escobedo y su abogado, fue un error de proporciones constitucionales y la confesión no era

admisible en el juicio, debido a la “regla de exclusión”.¹¹

Más tarde, el Tribunal extendió la decisión de Escobedo en **Miranda c\ Arizona**, que comentamos supra (1966), cuando señaló que Miranda debió tener representación legal antes de que confesara: Otra vez, por el hecho de no tener abogado, resultó una confesión inadmisible. En este caso, la Corte resolvió que a partir del momento en que **se restringe la libertad de movimiento del imputado en cualquier forma, se hace necesaria la defensa técnica**. El proceso judicial empieza –señaló– cuando el imputado no tiene la alternativa de salir y, desde entonces, tiene derecho a la ayuda de un abogado.

Además, la policía debe informarle que la ley le garantiza ciertos derechos: 1.- de no decir nada a la policía, 2.- que las palabras que diga pueden ser usadas contra él en juicio, 3.- el derecho de nombrar un abogado defensor, 4.- el derecho de contar con la presencia del abogado antes del interrogatorio, y, finalmente, 5.- si el imputado no tiene recursos para contratar su propio abogado, el Estado lo proveerá.

1.4. Requerimientos que no implican declaraciones

Durante el proceso penal, es posible se requiera utilizar el cuerpo de la persona indicada como objeto de prueba. Si el imputado

tiene derecho a mantenerse silente. Si de esa conducta no puede derivarse consecuencia alguna. Y si ese derecho se extiende a la proscripción de participar en actos de prueba que lo incriminen, viene la pregunta: ¿es posible obligar al imputado a ser objeto y/o sujeto de prueba en el proceso penal?

El principio “*nemo tenetur*” garantiza a toda persona no ser obligada a descubrirse contra sí misma (*nemo tenetur detegere*), ni ser obligada a declarar contra sí misma (*nemo tenetur se ipsum accusare*).¹² El propósito de la garantía de la no autoincriminación es evitar la instrumentalización del ciudadano por cuenta del Estado.¹³

En la STC Español (103/1985 de 04.10.1985) referido al test de alcoholemia, sostiene que el deber de someterse al control de la alcoholemia no es contrario al principio de prohibición de autoincriminación, pues no obliga a la persona a exteriorizar una declaración cuyo contenido sea admitiendo la culpabilidad.¹⁴

La cuestión ha sido debatida en la jurisprudencia constitucional costarricense, determinándose en la sentencia 556-91 lo siguiente: “... *en aras de la búsqueda de la verdad real como uno de los fines esenciales del proceso, el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma no importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano. Consecuentemente los actos que requieran colaboración pasiva*

11 Flint, David P. Los Derechos de los Acusados en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en Rev. Ciencias Penales, CR., Dic. 1992, año 4, N°6, pág. 12.

12 Reyna Alfaro, L. op. cit. p. 72.

13 Reyna Alfaro, L. Misma obra citada, p. 97.

14 Reyna Alfaro, L. Misma obra citada, p. 98.

del imputado, v. gr. extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de la ley, según corresponda.”

Como conclusión, no resulta contrario al principio *nemo tenetur*, el uso del cuerpo del imputado como objeto de prueba. Caso contrario son los casos en los cuales se requiere su colaboración activa, en los cuales, no puede ser obligado a aportar elementos o datos de prueba en su contra. Y en los supuestos que el imputado sea objeto de prueba, debe preservarse siempre su derecho a la dignidad.¹⁵

1.5. Voluntariedad de la declaración

La proscripción de la autoincriminación tiene el mismo rango que el principio de inocencia. Ambas pretenden que sea el actor penal que pruebe la existencia del hecho, su subsunción y la responsabilidad de la persona imputada. A partir de esta premisa, toda manifestación o declaración, debe ser un acto libérrimo.

Es decir, que no haya sido obtenida por medio de engaño o la fuerza física. Por esa circunstancia, en los acuerdos de pena (procedimientos abreviados), se exige demostrar que la persona acusada renuncia a su derecho al silencio y acepta los hechos enrostrados, para someterse a un juicio

15 En sentencia número 941-92, la Sala Constitucional costarricense declaró con lugar un recurso de hábeas corpus en el que reconoció el derecho de un procesado a no someterse al examen para la obtención de semen, y al efecto se consideró:

- a) Que el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma no importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano,
- b) Que los actos que requieran colaboración pasiva del imputado v.gr. extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de la ley, según corresponda;
- c) Que el resultado de la prueba técnica sea puesto en conocimiento de las partes involucradas, las que pueden, a su vez, ejercer el derecho de defensa, aplicando sobre esos resultados y sin ninguna limitación, los remedios procesales que le otorga el ordenamiento jurídico.
- d) La realización de la toma de la muestra o el examen no importe daño físico o psíquico al sujeto, pues cuando la intervención suponga un grave riesgo para la salud no debe ejecutarse, y que tolerar la ejecución de una pericia, no equivale a una declaración de culpabilidad.
- e) Que en los casos en que proceda la intervención y se pueda ver afectado el pudor de las personas, deben tomarse las medidas necesarias para su respeto y permitir, si el intervenido así lo requiere, la presencia de terceras personas con él relacionadas;
- f) Que en todo caso debe ser respetado el principio de proporcionalidad de la intervención, de manera tal que no puede aceptarse una grave intervención, por ejemplo extracción de líquido raquídeo, en la investigación de un hecho contravencional, Y;
- g) Que la extracción de semen por medio de masturbación o de masaje prostático, que son los métodos que en nuestro medio se utilizan para la extracción del semen, necesario para la realización de la pericia acordada por el Juez, atentan contra la “integridad moral” del individuo pues afectan gravemente el pudor y eventualmente pueden degradarlo.

Las medidas que implican intromisión en la esfera íntima del individuo deben ser estudiadas en cada caso particular, pues su uso no puede aceptarse estereotipadamente. Para su ejecución, cuando sean constitucional y legalmente procedentes, debe respetarse el principio de proporcionalidad, sea que la importancia del bien jurídico propio del intervenido afectado, debe estar directamente relacionado con la importancia del bien jurídico afectado por el hecho investigado.

expedito donde, probablemente, se declarará su culpabilidad, a menos que los hechos estén extinguidos, sean atípicos, esté ausente un requisito de procedibilidad, exista alguna causa de justificación o inculpabilidad.

La principal preocupación de designar defensa técnica al indiciado, desde los inicios de la investigación, es para mantener vigente la garantía de incoercibilidad del imputado, garantizada por los artículos 36 y 39 de la Constitución Política o lo que en la jurisprudencia norteamericana se conoce como “**Self incrimination**”, pues las declaraciones del sospechoso, encontrándose detenido por la policía, no pueden ser aceptadas como prueba. (Cfr. Sentencias Miranda v. Arizona 384 U.S. 436 de 1966, Escobedo v. Illinois 378 U.S. 478 de 1964, Massiah v. United States 377 U.S. 201 de 1964).-

En este sentido, la doctrina norteamericana -citada por Pedraz Penalva-, ha señalado que el Juez debe dirigirse al acusado verificando la ausencia de amenazas, fuerza o promesas ilícitas (Wells v. US, Smith v. O Grady, etc.) y además constar que el “plea agreement”, es decir el acuerdo, haya sido resultado de previas discusiones, instruyéndole de las repercusiones de la adopción de una forma determinada; p.e. recomendando una sentencia particular (Brady v US). Con la voluntariedad se aseguran: la norma aplicable al reconocimiento, la capacidad

del acusado y las “inductions” durante la formalización del acuerdo.¹⁶

La jurisprudencia costarricense ha exigido que en los acuerdos de pena (procedimiento especial abreviado), se corrobore la voluntariedad de la aceptación de cargos que hace la persona acusada¹⁷. En efecto ha indicado: “... *la admisión del hecho atribuido se refiere a la manifestación libre y espontánea del imputado sobre los hechos objeto del proceso. Iguales características deberá reunir su consentimiento para la aplicación del procedimiento abreviado. Se trata de una decisión consciente, informada y exenta de coacción de todo tipo.*” (Sentencia número 4853-98).

La doctrina ha dicho; “...podemos extraer del derecho que nos ocupa dos notas esenciales que lo dotan de contenido: por un lado la necesaria libertad sin límite alguno que ha de rodear a las declaraciones que ofrezcan y emitan las personas sometidas a investigación penal, libertad que lo ha de ser tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, sin actuación alguna sobre su voluntad consciente, como en lo referente al contenido de sus manifestaciones sin que en ningún caso se pueda obligar a compeler por la fuerza o por medio del establecimiento de sanciones coactivas al imputado a realizar una conducta positiva; por otro lado la posibilidad del imputado, si elige declarar, de no

16 Pedraz P., Ernesto. Introducción al derecho procesal penal. (Acotado al ordenamiento jurídico nicaragüense) Hispamer, 2ª edición, Managua, Nicaragua, 2002, p. 301.

17 Llobeth, Javier. Procedimiento abreviado, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar. En Armijo Gilberth et alii. Nuevo Proceso Penal y Constitución. Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 1998, pp. 164-171. De la misma manera se ha dicho que el procedimiento especial abreviado no es un derecho de la persona imputada. Voto No. 4835 -98 de la Sala Constitucional. Votos No. 1242-98, 1186-99, 506-08 de la Sala Tercera. Res: 2010- 00031

hacerlo conforme a la verdad habida cuenta de su derecho a no colaborar en su punición.”¹⁸

En consecuencia, el vertido testimonial de la persona encausada, ha de ser libre, no producto de vicios de la voluntad. Es función del juez que esta manifestación haya sido proferida de esa manera, mediante consentimiento informado, de lo contrario no surtiría efecto legal en el proceso.

1.6. La mentira

Si la persona imputada no está obligada a declarar en su contra, significa que no tiene la obligación de contribuir con la Administración de Justicia, aún a costa de su propia persecución penal. Es decir, no es objeto del proceso penal.

En consecuencia, no está forzada a decir verdad. Por lo que no se le puede imponer una pena por perjurio o falso testimonio si miente. Tampoco puede agravársele la pena. Puede decirse, con lo anterior, que la persona sindicada tiene derecho a no declarar, a no auto incriminarse e, incluso, derecho a mentir.

Se plantea Luis Reyna; ¿si es acaso el deber de decir verdad, superior al instinto de conservación, de defensa del imputado cuando está en riesgo su vida, su libertad?¹⁹

Señala Reyna, con cita de Eguiguren Praeli y Pallín, que no puede negarse la existencia del derecho a mentir, “*en cuanto puede constituir una forma a través de la cual aquel – el imputado – puede tratar de exculparse o también de no declarar contra sí mismo.*”²⁰

Se señala que el único límite que tendría derecho a mentir vendría conformado por el interés de terceros. El imputado no puede, sobre la base del derecho a mentir, emitir declaraciones inculpatorias contra terceros.²¹

San Martín Castro, señala que el contenido del derecho a no declararse culpable implica dos notas salientes; (i) la libertad de declarar, tanto en la decisión de hacerlo, como en su contenido y; (ii) ausencia de consecuencias procesales en caso de que mienta – la mentira del imputado no puede ser tomada como delito ni como infracción procesal, lo cual dimana de la consideración de que el silencio y las declaraciones del imputado han de ser asumidas fundamentalmente como medio idóneo de defensa.²²

La jurisprudencia constitucional costarricense, señala que el imputado no tiene derecho a auto incriminarse, pero ello no se traduce en un correlativo derecho a mentir. Pero en esencia lo que se sostiene que ese

18 Asencio Mellado., José María: Prueba Prohibida y Prueba Pre constituida, Madrid, Editorial Trivium S.A., 1989, págs. 125 a 126.

19 Op. cit. p. 82.

20 Eguiguren Praeli, Francisco. El derecho fundamental a no auto incriminarse y su aplicación ante comisiones investigadoras del congreso. P. 241, citado por Reyna Alfaro, Luis M. op. cit. p. 81.

21 Reyna Alfaro, Luis M. op. cit. p. 81.

22 San Martín Castro, César. Persecución del delito tributario y derecho al silencio y a la no autoincriminación, p. 589, citado por Reyna A. Luis M. op. cit. 82-83.

derecho tiene un límite, que es cuando afecta a terceros.²³

En conclusión, el imputado tiene derecho a guardar silencio, tiene la libertad de declarar y si lo hace, también tiene la libertad de decir el contenido de dicha manifestación, sin que ello le apareje consecuencias, a menos que afecte a terceros. No podría acusársele de perjurio o falso testimonio. No podría agravarle la pena.

1.7. La valoración del silencio

Cita a Bacigalupo quien sostiene que negar toda colaboración con la acusación, sin sufrir consecuencia alguna negativa, derivado del respeto a la dignidad de la

persona, constituye una parte esencial del proceso en un Estado de Derecho.²⁴

La Sala Constitucional ha resuelto, en su voto 3475-99, de 11 de mayo de 1999, que “...*El derecho de abstención constituye una garantía del proceso penal que tiene dos vertientes, por un lado, la no obligatoriedad de declarar contra sí mismo, de la que goza el imputado como una derivación del principio de inocencia y de defensa; y por otra parte, la no obligatoriedad de declarar contra el cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad, como una protección a la unidad familiar. Ambas garantías se encuentran consagradas en el artículo 36 de la Constitución Política...*”

23 En la sentencia 427-2007, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en un copiosamente explicó: “Y es que no debe olvidarse que hay un número no despreciable de asuntos en los cuales el verdadero responsable se aprovecha del desconocimiento de las autoridades sobre lo sucedido y las confunde, brinda declaraciones que desorientan, incrimina a otros, en fin, despliega toda una actividad que, dirigida a protegerse, contribuye a desviar las investigaciones. Algunas de estas conductas podrían incluso configurar un delito, por ejemplo, la denuncia calumniosa, el ofrecimiento de testigos falsos o la simulación de delito. Y todas estas figuras delictivas en realidad se materializarían por la propia conducta desplegada por el agente frente al aparato judicial que ignora su responsabilidad en el hecho, que ignora, por ejemplo, que incrimina falsamente a otro, que está simulando un hecho y por ello, nunca podría prevenirle de sus derechos si en el futuro se descubre su delito, pues tal conclusión llevaría simplemente a la impunidad de estas figuras, cuya prueba sería precisamente lo que conste a las autoridades que el sujeto les informó, declaró y narró cuando desplegaba su conducta mendaz. En estas hipótesis, es claro que no existe la menor inducción o ardid por parte de la policía, que actúa de buena fe y en cumplimiento de su deber. No podrían, en consecuencia, invocarse todos los antecedentes históricos que justificaron el surgimiento de la garantía de comentario –la tortura, el abuso de poder e incluso la persecución policial– porque no están presentes y tampoco podría retrotraerse a estos momentos la protección constitucional, justificando el desvío y la información falsa brindada, pretextando que de esa forma se protegía de ser penalmente perseguido, porque una cosa es que el acusado pueda abstenerse de declarar y colaborar con las autoridades y otra legitimar engaños y obstaculizaciones en la averiguación de la verdad y hasta la fabricación falsa de indicios o la calumniosa incriminación de terceros porque eso ya traspasa los límites de la protección y de lo que no puede ser tolerado y prueba de ello sería incluso la posibilidad de que algunas de estas conductas obstaculizadoras se encuentren tipificadas como delito, según se analizó. Lo dicho nos trae a colación el tema de las coartadas que un individuo ya sindicado como sospechoso o responsable de un hecho, brinde e incluso la falsa información que dé. Mucha controversia ha generado la discusión del tema de si el derecho de abstención faculta al imputado para mentir, es decir, sobre la existencia de un “derecho a mentir”. La Sala Constitucional conoció del tema y concluyó que no existe, al amparo del artículo 36 constitucional, un derecho constitucional a mentir (cfr. resolución 6359-93 de las 14:57 horas del 1º de diciembre de 1993 de esa Sala).

24 Bacigalupo, E. Justicia penal y derechos fundamentales. P. 181, citado por Reyna Alfaro, Luis M. op. cit. p. 53

El derecho de mantenerse silente no tiene consecuencias negativas para la persona acusada. Sobre todo, si luego decide declarar o si se niega a responder preguntas que le formulen las partes. No puede presumirse por ello su culpabilidad.²⁵ La magistratura constitucional costarricense ha establecido que otorgarle efectos jurídicos al silencio del imputado, de modo que genere una sentencia condenatoria, implica severo quebranto al debido proceso. (Cfr. voto 3443.96 – 6936-96). Tampoco agravar la pena por el silencio, por no haber mostrado arrepentimiento. (Sala Penal Costa Rica voto 416-F-94). Si decide declarar en el plenario puede hacer uso del derecho al silencio ante preguntas de las partes. (Sala Penal Costa Rica voto 2010-206).

2. DERECHO AL TRADUCTOR Y/O INTÉRPRETE

La primera condición, para que el imputado tenga conocimiento de los hechos que se le atribuyen, es pertinente recibir esa información en la lengua para él inteligible²⁶.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en el artículo 8.2.a el “...*derecho del inculpadado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal...*”.

Traductor es, conforme el Diccionario de la Real Academia Española; quien traduce. Traducir implica a su vez “1. tr. Expresar en una lengua lo que está escrito o se ha expresado antes en otra. // 2. tr. Convertir, mudar, trocar. // 3. tr. Explicar, interpretar.”²⁷

Entre tanto intérprete, según la misma fuente, significa: “1. m. y f. Persona que interpreta. // 2. m. y f. Persona que explica a otras, en lengua que entienden, lo dicho en otra que les es desconocida. // 3. m. y f. Cosa que sirve para dar a conocer los afectos y movimientos del alma.”

La diferencia entre uno u otro concepto: “2. Traducción: *expresión, en una lengua, de lo escrito o expresado en otra.* // 4. Interpretación: *transposición fiel de los términos de cualquier índole que se hace del idioma español a otra lengua o viceversa; se realiza en forma oral y con fines públicos o privados.*”²⁸

25 “Las motivaciones del derecho de abstención, en todo caso, escapan por completo al examen que los jueces están llamados a hacer, en tanto, se reitera, es un derecho que deben respetar y que no puede aparejar consecuencias negativas para el imputado. Lo contrario significa, como ocurre en la especie, reprocharle al justiciable el uso de su derecho, afirmando que si guardó en silencio antes del debate, la versión que luego brinde no será creída. Desde esta perspectiva, es reprochable el criterio esgrimido por el a quo y debe resultar claro que el límite que impone el respeto al derecho constitucional de cita, obliga a los juzgadores a valorar la versión del acusado en su propio contenido y, como sucede con cualquier otra probanza (pues no es solo un medio de defensa), confrontada con el resto del material probatorio, sin involucrarse en cuestionamientos que, amén de ilegítimos, carecen de soporte lógico. ...”. (Sala Penal Costa Rica Voto 2006-00717 de las 11:10 hrs. del 7 de agosto del 2006).

26 Tijerino, José M. Et alii. El derecho de defensa. En Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense. Tirant lo banch, Valencia, España, 2006, p. 215.

27 <http://dle.rae.es/?w=diccionario>. Consultado el 30.10.2016.

28 Cfr. artículo 2 Reglamento a la ley de traducciones e interpretaciones oficiales de Costa Rica (DE No 30167-RE Publicada en La Gaceta n.º 43 de 1 de marzo de 2002).

Bien dicho, la traducción es de lo escrito, entre tanto, la interpretación es oral. Lo anterior tiene importancia si la persona imputada no sabe leer ni escribir o bien, sea sordomudo, si es un extranjero o un ciudadano de una etnia distinta que no conocen o dominan el idioma oficial.

En el caso **Kmasinski vs Austria** (19 diciembre 1989) señaló:

El siguiente agravio del peticionario se relacionó con la dificultad para entender y hablar el alemán, lengua utilizada en los tribunales austriacos (...) la obligación impuesta por el artículo 63 c) no exige una traducción escrita de toda la prueba documental o de toda pieza agregada al expediente. La asistencia prestada en materia de interpretación debe permitir a todo acusado conocer de qué se le acusa y permitirle defenderse otorgándole una posibilidad real de dar su versión de los hechos. El derecho, así garantizado, debe ser real y efectivo. La

obligación de las autoridades competentes no se limita a la designación de un intérprete, les incumbe además ejercer un control ulterior del valor de la interpretación asegurada.

Es un elemento integrante del derecho de defensa de conocer los hechos por los cuales se le acusa, la prueba que lo sustenta y cuáles son los remedios que la ley le concede en tal condición, por lo que el derecho a un intérprete o traductor no se agota con la designación. Es preciso verificar que le asista verdaderamente, es decir, que sea efectiva.

3. DERECHO A LA ASISTENCIA CONSULAR

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963²⁹, concede el derecho de los ciudadanos detenidos en el extranjero a recibir el auxilio

29 Artículo 36. COMUNICACIÓN CON LOS NACIONALES DEL ESTADO QUE ENVÍA

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

del Cónsul de su país y que este organice su defensa ante los tribunales.

Dicha prerrogativa está vinculada con la necesidad de que la persona imputada tenga derecho a una defensa eficaz.

La jurisprudencia constitucional costarricense³⁰ y supranacional, lo ha estimado como un componente importante del derecho de defensa. Es decir, es deber de las autoridades prevenir a todo extranjero de este derecho. Pues la misma Convención señala que este derecho de asistencia es renunciable por parte de la persona imputada. (Cfr. art. 36.1.c)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva número OC-16/99 del primero de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, estableció que el ejercicio de este derecho solo está limitado por la voluntad del individuo, que puede oponerse expresamente a cualquier intervención del funcionario consular en su auxilio. Aunado a ello, sobre la obligación de las autoridades estatales de informarle a la persona que expresamente se identifica como extranjera, o bien cuando no se pueda establecer de

inmediato su nacionalidad de los derechos que como tal le asisten, la citada Opinión Consultiva establece que: *“Tomando en cuenta la dificultad de establecer de inmediato la nacionalidad del sujeto, la Corte estima pertinente que el Estado haga saber al detenido los derechos que tiene en caso de ser extranjero, del mismo modo en que se le informa sobre los otros derechos reconocidos a quien es privado de libertad”*.

Por otra parte, la citada Opinión Consultiva, también establece que: *“En consecuencia, para establecer el sentido que corresponde dar al concepto “sin dilación”, se debe considerar la finalidad a la que sirve la notificación que se hace al inculcado. Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquel disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculcado y en todo caso antes de que este rinda su primera declaración ante la autoridad.”*

30 “...De lo indicado anteriormente, se colige que las autoridades estatales tienen la obligación de informar sin demora al Consulado respectivo cuando un extranjero se detiene o bien, cuando se fija una audiencia en la que existe la posibilidad de su privación de libertad. Este punto fue reforzado por la Corte Internacional de Justicia, en el fallo del 27 de junio de 2001, Caso L. G. (Alemania contra los Estados Unidos de América), en el que consideró, por 14 votos contra uno que: ³al no informar a K. y W. L.G. sin demora, después de su detención, de los derechos que les correspondían en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y al privar a Alemania de la posibilidad de prestar oportunamente la asistencia prevista en la Convención a esas personas, los Estados Unidos infringieron las obligaciones que tenían con Alemania y con los hermanos La Grand con arreglo párrafo 1 del artículo 36 de la Convención” (Sala Constitucional sentencia N° 2012-04057). La Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, puso en conocimiento el contenido de la anterior resolución a todas las autoridades que conocen de la materia penal mediante nota circular N° 136-2012 Publicada en el Boletín Judicial N° 187 del 27 de setiembre de 2012. En el mismo sentido sentencias de la Sala Constitucional números 15091-12, 13167-12, 12327-12, 10580-12, 9170-12.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Tibi Vs Ecuador, señala que es deber del Estado proveer asistencia letrada y asistencia consular, los cuales integran la garantía del debido proceso: “...En este sentido, la Corte señaló que el derecho individual del nacional de solicitar la asistencia consular de su país “debe ser reconocida y considerada en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo” la inobservancia de este derecho afectó el derecho de defensa, el cual forma parte de las garantías del debido proceso...” (cfr., parágrafos 195 y 196).

Conforme a lo anterior, el derecho de la imputada extranjera a ser comunicada su detención al Cónsul, es de importancia total, debido a que le permite preparar adecuadamente la defensa y facilitar el acceso a las pruebas, sobre todo, cuando aquellas que requiera en su beneficio, estén fuera del Estado que lo juzga.

El extranjero, al ser detenido y al momento anterior de rendir su declaración ante la autoridad, debe ser instruido acerca de su derecho de establecer contacto con su funcionario consular para informarle su condición. En el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo lo siguiente:

164. La Corte reitera su jurisprudencia constante según la cual el extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho a establecer contacto con un funcionario consular e informarle que se halla bajo custodia del Estado. La Corte ha señalado que el cónsul podría asistir

al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión. En este sentido, la Corte también ha señalado que el derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.

165. Por lo expuesto, el Tribunal declara que el Ecuador violó el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Chaparro.

Con lo anterior, se colige que el derecho a ser notificado de su derecho a establecer contacto con la autoridad consular, es un elemento integrante del debido proceso.

4. CONCESIÓN DE MEDIOS Y TIEMPO PARA PREPARAR LA DEFENSA

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 8.2.c el derecho a la “...concesión al inculgado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa...”. Esto implica, necesariamente, el acceso irrestricto al legajo de investigación y a los datos de prueba.

La magistratura constitucional costarricense ha señalado: (i) la declaración del encartado es fuente de prueba y no prueba en su contra, (ii) Al Estado se le ha impuesto la carga de demostrar la culpabilidad del

reo, (iii) El detenido debe ser informado de las razones de su detención y notificado, sin demora, del cargo o cargos formulados en su contra, (artículo 7, inciso 4. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), (iv) la imposibilidad de estudiar previamente el expediente constriñe el derecho de defensa. (voto 1331-90) (v) La limitación al acusado para que ejerza una adecuada preparación de la defensa, al igual que obviar el traslado de los cargos que se le imputan y el contenido de todo aquello que ha sido aportado a la casa para que pueda ofrecer prueba de descargo, es contrario al debido proceso (voto 3148-94).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en **Goddi vs Italia** (09 abril 1984), rescata el derecho de la persona imputada y de su abogado de pedir al Tribunal la concesión del tiempo necesario para preparar la defensa. En ese caso, podía solicitarse el aplazamiento de la vista y la suspensión por un plazo de tiempo suficiente.

El Comité de Derechos Humanos en el caso **Frank Robinson vs Jamaica** (4 de abril 1989), indicó: *“La negativa del Tribunal de ordenar un aplazamiento para que el autor pudiese procurarse representación judicial, en circunstancias en que ya se habían concedido varios aplazamientos cuando no se había podido ubicar a los testigos de cargo o cuando no había sido posible prevenirlos, suscita dudas acerca de la imparcialidad e igualdad ante los tribunales.”* Igualmente en **Trevor Collins vs Jamaica** (17 abril 1989) el Comité reitera el derecho de la persona imputada a gozar de tiempo y medios adecuados para preparar su defensa. **Carlton Reid vs Jamaica** (20 julio 1990).

Con sustento en lo anterior, puede concluirse que la persona imputada debe tomar conocimiento previo de los hechos atribuidos, los datos de prueba existentes, a efecto de poder, junto con la defensa técnica, de formular su teoría del caso. Solo de este modo se satisface la garantía de la defensa en juicio.

En efecto, señala el profesor Luis Miguel Reyna, que el ejercicio de la defensa efectiva exige que el abogado despliegue verdaderos actos de defensa técnica a favor de su defendido, sin que implique designación simbólica, pero advierte que es importante, entre otras cosas, que el abogado tenga contacto con el expediente judicial en tiempo razonable, es decir que haya tenido la oportunidad de imponerse de su contenido.³¹

Cita el antecedente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la sentencia **Castillo Petruzzi y otros vs Perú** (30 mayo 1999) que determina una vulneración al derecho de defensa efectiva porque a los letrados se les había permitido imponerse del contenido del expediente, tan solo un día antes de la lectura de la sentencia.

5. DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LA ACUSACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Hay que escindir dos momentos en que se hace la imputación. La imputación propiamente dicha celebrada en la audiencia que lleva el nombre en los países que la tienen o la intimación, que es el momento en que se comunica a la persona encausada de los hechos atribuidos y de los datos de

31 Op. cit. P. 59.

prueba existentes en su contra, concediéndosele la oportunidad de acceder a las medidas alternas, someterse a procedimientos especiales, acuerdos de pena, etc.

La otra es la imputación formal o acusación. La acusación es un acto conclusivo de la fase penal preparatoria. Por medio de ella se detallan cuáles son los hechos que se le atribuyen, su calificación jurídica, la prueba y la pretensión punitiva. Los hechos de la acusación, determinan la competencia del tribunal. De modo que la persona imputada no podrá ser sentenciada por hechos distintos a los contenidos en la acusación, aunque puede disentir el Tribunal, de la calificación jurídica.³²

Señala el profesor Reyna que una de las expresiones más salientes del derecho a la defensa material, consiste en ser informado de los estrictos términos de la imputación y cuál es el respaldo probatorio que la nutre.³³

En el caso Tibi vs Ecuador, la Corte Interamericana advierte que el derecho a ser informado de la imputación se activa desde el momento mismo en que surge la imputación de un hecho delictivo.

La imputación debe contener una expresión clara, precisa, circunstanciada,

aunque breve, de los hechos enrostrados, la cual va adquiriendo mayores detalles al formularse, si de ello hay lugar, la acusación o imputación formal.

Uno de sus componentes es el principio de imputación, que se encuentra protegido por el art. 14 pacto internacional de derechos civiles; 8.1 C.A.D.H.; 81,303, 321 C.P.P., la imputación en sentido formal se produce cuando al investigado se le pone en conocimiento de la acusación penal del Ministerio Público o del querellante en la audiencia preliminar. *“contempla el deber del ministerio público de individualizar al imputado, describir detallada, precisa y claramente, el hecho del que se le acusa y hacer una clara calificación legal, señalando los fundamentos de la acusación y concreta pretensión punitiva”*.³⁴

No puede una persona ser acusada, por hechos por los cuales no fue intimado. Es decir, en la investigación penal preparatoria la persona es imputada de los hechos que constituyen la investigación, bien a través del acto de intimación formal o la audiencia de imputación.³⁵

La acusación como tal, debe contener una descripción de los elementos del tipo objetivo y subjetivo, del grado de realización

32 Se acusan hechos, no calificaciones jurídicas. De modo que el Tribunal en sentencia, puede diferir de la dada por el actor penal. En este sentido ver Sala de Casación Penal de Costa Rica Voto No. 2004-0121. De la misma manera se ha dicho que “...condenar a una persona sobre la base de cualquier cosa menos la acusación (o, lo que es lo mismo, se sanciona a una persona sin habersele acusado previamente), lo cual es ilegítimo por ser violatorio del debido proceso, en tanto contraviene lo dispuesto en los artículos: 8:2:b y 8:2:c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14:3:a y 14:3:b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...” (Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica, voto 2005-01136).

33 Op. cit., p. 41.

34 Sala Constitucional costarricense 1739-92; 6573-95; 8383-97; 440-98.

35 “...es obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, instruir de los cargos y advertir de los derechos constitucionales a todo imputado, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos, sus consecuencias, en su presencia personal del mismo reo, con su defensor”. (Sala Constitucional Costa Rica voto 1739-92)

del delito (delito consumado, tentado) y el título de la participación de la persona acusada (autor, coautor, cómplice o instigador).

Debe mencionar los datos de prueba que lo apoyan, para esos efectos no basta ya mera glosa de los indicios o elementos existentes, sino que debe precisar su incidencia probatoria.³⁶

Especial importancia tiene el tema de la imputación en materia de delitos sexuales. En la práctica forense costarricense, se ha hecho costumbre circunstanciar los hechos como ocurridos en rangos temporales de un año o más, impidiendo el ejercicio de la defensa de la persona acusada.

La posición de la Magistratura Constitucional costarricense ha sido la siguiente:

“II.- (...) En cuanto a esta queja, es verdad que la debida comprobación de todos los elementos de hecho que conforman la acción delictiva investigada, deben quedar claramente definidos en la sentencia condenatoria por parte el órgano encargado de la aplicación de la sanción; sin embargo, debe señalarse que no siempre se requiere de una precisa e indubitable determinación del momento en que ocurrió la conducta punible para emitir una sentencia ajustada a los principios del debido proceso. Más bien, la necesidad de fijar con mayor o menor precisión cuándo sucedieron los hechos investigados, está en relación directa con la importancia y utilidad que ello tenga en cada caso, para demostrar la acreditación de la conducta acusada. De esa forma, la determinación del día concreto o la hora exacta en que algo sucedió, no tiene

en todos los casos la misma relevancia sino que dependerá de otras circunstancias que se planteen dentro del caso concreto, principalmente por parte de la defensa. Por ello, lo correcto es afirmar que solo existirá una violación del derecho al debido proceso del imputado, si en su caso, la determinación del momento en que sucedió el hecho que se investiga, resulte importante para el ejercicio de su defensa, en el sentido de que sea determinante para atribuirle la conducta acusada. (...)” (voto número 2812-98)

Esta sentencia no viene a resolver el problema que se origina en la práctica, donde el ejercicio de la defensa es casi impensable. Ante ello, la justicia penal ha recurrido a paliar de alguna manera el tema, mediante deducciones que imprimen un poco de racionalidad a las imputaciones.

La posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Cfr. 2015-00862) en tales eventos, es imponer un criterio prudente, ponderado:

“(...) En estos casos, la posición de la Sala ha sido que la ponderación del derecho de defensa sí impone aplicar un paliativo, y ante la descripción de agresiones sexuales reiteradas o periódicas que no pueden individualizarse con mayor detalle dentro del lapso establecido en la acusación, ha optado por limitar a dos el número de delitos que deben tenerse por acreditados. En este orden de ideas, se ha expuesto que: “...al tratarse de hechos que ocurren repetitivamente, en un periodo prolongado de tiempo, siempre en las mismas condiciones y de la misma forma, ha sido posición reiterada de esta Sala que, aún en los casos

36 Reyna A. Luis, op. cit. p. 47.

en los que la víctima no precise el número de ilícitos sufridos, debe entenderse que se trata de, al menos, dos delitos, pues es claro que no nos encontramos en presencia de un único hecho, sino, de pluralidad de incidentes. Tampoco puede entenderse más allá de eso, como lo pretende el Ministerio Público, a no ser que la víctima se encuentre en posibilidad de individualizarlos de alguna forma, para lo que será esencial el papel que desempeñen los operadores jurídicos, sea, durante su interrogatorio en audiencia, siempre respetando el límite del cuadro fáctico acusado, sea, desde el inicio de las investigaciones, todo con el fin de evitar cualquier confusión. (...)” (...) (Resolución número 1027, de las 9:50 horas, del 9 de septiembre de 2005). Así las cosas, se declara con lugar el reclamo...” (Sala Tercera, resolución número 802, de 10:00 horas, de 10 de agosto de 2007) (...)”

En conclusión, la necesaria imputación consiste en indicar de modo claro, preciso, circunstanciado, cuáles son los hechos atribuidos, lo que implica mención de los elementos del tipo objetivo y subjetivo y de los datos de prueba que lo respalden, pues solo de esta manera, la defensa sabrá de los hechos que constan en el legajo de investigación, cuáles interesan al actor penal y, de este modo, tener el punto focal.

6. DERECHO A SER OÍDO Y FORMULAR ALEGACIONES EN LA DEFENSA DEL PROCESO PENAL

Es el que tiene la persona imputada de postular. Es decir, ofrecer datos de prueba

en la investigación penal preparatoria o en la audiencia intermedia. Todo con la finalidad de hacer efectivo su derecho a confutar la imputación.

Es una arista del derecho a intervenir en el proceso en condiciones de igualdad de armas, que supone que tanto la defensa como la acusación, cuenten con igualdad de posibilidades probatorias.³⁷

Señala el profesor Reyna que el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa en juicio, carecen de sentido si las partes no tuviesen derecho a probar las argumentaciones de parte de la defensa.³⁸

Es en suma y conforme lo ha señalado la jurisprudencia constitucional costarricense: “...el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso y particularmente, de hacerse oír por el juez, y traer al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar la defensa, controlar la actividad de la parte o partes contrarias, y de combatir sus argumentos y pruebas de cargo”; y, “es el derecho de la parte de intervenir en el proceso y particularmente, de hacerse oír por el juez, y allegar toda prueba que considere oportuna para respaldar la defensa.” (Sentencia No 564-97)

La prohibición de utilizar prueba espuria y la posibilidad de refutarla. La posibilidad de producir prueba espuria, siempre que ello le beneficie. Lo cual no ha sido admitido por algunas legislaciones. Si lo proscrito es el uso de la prueba en su perjuicio, si ella le beneficia es posible utilizarla en juicio. Aunque parte esta postura de un

37 Reyna A. Luis op. cit. p. 48.

38 Reyna A. Luis, op. cit. p. 49.

resabio de la inquisición, que procura en la prueba, la búsqueda de la verdad real.³⁹

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El imputado no está obligado a declarar, tampoco a procurar prueba en su contra, tiene libertad para decidir si declara y el contenido de su declaración, lo que tampoco es una patente de corso, que le autoriza mentir. Tiene sus límites. En tanto no afecte a terceros, resulta impune, no pudiendo servir de fundamento para agravar la pena, ni generarle consecuencias por perjurio.

Especial importancia es el tema de la acusación, sobre todo, en casos de delitos

sexuales, donde de ordinario se hacen imputaciones imprecisas, delimitando los hechos hasta con un año de extensión, generando franca indefensión. Dando cabida a aquel el viejo vocablo: *“tanto vale no tener derecho como no poder probarlo”*

El imputado tiene derecho a conocer los hechos enrostrados, los datos de prueba que lo respaldan, de confutar la imputación, de contradecir las pruebas, de ofrecer otras, de estar presente en la recepción, de que al ser juzgado se le traduzca o interprete el idioma oficial del Tribunal, cuando no coincida con el suyo, derecho a ejercer recursos, a designar un defensor técnico conocedor de la rama penal, que lo asista y represente.

BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, José María, Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida, Madrid, Editorial Trivium S.A., 1989.
- CAFFERATA N. José I. Y otros, Manual de Derecho Procesal Penal. 3º Edición, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2012.
- CAFFERATA NORES, José, La Prueba en el Proceso Penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.
- FLINT, David P., Los Derechos de los Acusados en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en Rev. Ciencias Penales, CR., Dic. 1992, año 4, N°6.
- GARITA VÍLCHEZ, Ana Isabel y otros, La Defensa Pública en América Latina desde

39 La magistratura constitucional ha tenido ocasión de referirse al tema de la prueba espuria y del derecho de postular. En cuanto a la legalidad de la prueba ha sostenido reiteradamente que: “la confesión, por si sola, no es capaz de producir los efectos de certeza requerida por el debido proceso, al tenor del art. 36 constitucional, y no elimina la obligación de probar con otros medios la culpabilidad del imputado.” (S.C.V.V. 802-90, 1298-90, 1345-90, 1417-90, 1855-90, 280-91, 556-91, 701-91, 885-91, 1409-91 y 1578-91, 3297-98.) se ha decantado por la teoría de la supresión hipotética de la prueba espuria. Cfr. sentencias 802-90, 1298-90, 1345-90, 1417-90, 1855-90, 280-91, 556-91, 701-91, 885-91, 1409-91 y 1578-91, citado por Carlos H. Góngora, obra citada.

la perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno, San José, ILANUD, 1991.

LLOBETH, Javier, Procedimiento abreviado, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar. En Armijo Gilberth et alii. Nuevo Proceso Penal y Constitución. Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 1998.

MAIER, Julio, Derecho procesal penal, I. Fundamentos, Editores del Puerto, 2ª edición, Buenos Aires, 1996.

MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., tomo I, vol. b, 1989.

PEDRAZ P., Ernesto, Introducción al derecho procesal penal. (Acotado al ordenamiento jurídico nicaragüense) Hispamer, 2º edición, Managua, Nicaragua, 2002.

REYNA ALFARO, Luis M., La defensa del imputado. Perspectivas garantistas. Jurista Editores, Lima, Perú, 2015.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores El Puerto, Argentina, 2003.

TIJERINO, José M. Et alii., El derecho de defensa. En Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006.

¿CUÁLES SON LOS LÍMITES DE LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO Y CUÁL ES EL VALOR PROBATORIO DE LAS INVESTIGACIONES QUE REALIZA?

I. PRESENTACIÓN

En los últimos años se ha dado un gran avance y desarrollo de la criminalidad organizada, evidenciándose que en su accionar utiliza lo último de los avances tecnológicos y científicos, conforman organizaciones estructuradas con manejo tipo empresarial, compartimentados, con alta especialización de sus integrantes y división de funciones, además poseen conexiones con autoridades del Estado en general, recurriendo permanentemente a la corrupción como mecanismo de encubrimiento y facilitación de sus ilícitas acciones.

Este creciente problema de la criminalidad que atraviesa el Estado, ha generado la necesidad de buscar nuevos mecanismos o técnicas para poder combatirla, pues las investigaciones efectuadas de manera tradicional, ya no resultaban suficientes para lograr con eficacia los objetivos trazados; es así que desde hace algunos años se ha implementado, en varios países del mundo y nuestro país no es ajeno a ello, la técnica de investigación especial del Agente Encubierto.

Este nuevo mecanismo de investigación no es del todo pacífico, ya que ha recibido muchos cuestionamientos, pues si bien es cierto que el Estado tiene el deber y obligación de luchar contra la Criminalidad Organizada, no es menos cierto que tal lucha en un Estado Democrático de Derecho, como es el nuestro, no puede hacerse a cualquier costo, ni a como dé lugar, sino, que debe desarrollarse dentro del respeto a los derechos fundamentales de las personas y observándose los principios y garantías que informan el debido proceso, en consecuencia, el desarrollo

de estos mecanismos de investigación necesariamente deberán estar enmarcados en lo que disponen la Constitución Política de la República y las leyes ordinarias.

En nuestro país, no obstante que esta figura se ha regulado en nuestra normatividad interna desde hace algunos años, concretamente de manera inicial en el Decreto Legislativo No. 824, a la fecha todavía existen algunos vacíos de previsión reglamentaria que dificultan la óptima utilización de esta técnica de investigación y que, en consecuencia, motivan un uso no uniforme por las autoridades, dejando su desarrollo al leal saber y entender de sus operadores que muchas veces ponen en riesgo no solo los resultados a obtenerse sino, también, a las personas que cumplen dicho rol, dando lugar a que se produzcan serios cuestionamientos.

En tal virtud, ad portas de la plena vigencia del nuevo modelo procesal penal en el Distrito Judicial de Lima, al considerar que esta es una figura polémica pero necesaria para poder desentrañar con eficacia las organizaciones criminales, al observarse que mediante su utilización se vienen obteniendo logros importantes en el combate contra la criminalidad organizada, que en consecuencia se trata de una muy valiosa herramienta con la que cuenta el Ministerio Público en su labor de investigación, pero que, sin embargo, requiere afinar algunos aspectos procedimentales. En el presente trabajo se van a evaluar los límites del accionar del Agente Encubierto y el valor probatorio de los actos que realiza.

Estas técnicas de investigación no pueden estar al margen de un Derecho Penal Garantista, más aún, si en su accionar el agente no está exento de viciar los medios probatorios obtenidos, lo cual, eventual-

mente, podría además de restarle mérito probatorio, generar responsabilidades diversas, no estando ajenas las de orden penal contra la persona que asumió dicho rol, por lo que resulta imprescindible orientar su accionar.

II. PANORAMA ACTUAL DE LA DISCUSIÓN DEL PROBLEMA. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como puede observarse en nuestro planteamiento del problema, nuestra cuestión principal, es que en la actualidad, nuestra legislación regula la técnica de investigación del agente encubierto de manera general, existiendo vacíos normativos y/o reglamentarios que es necesario regular, pues no hay un desarrollo claro de cómo va a efectuarse el accionar del agente encubierto en aras de realizar una investigación eficaz, acorde a nuestra Constitución y las leyes, además de cuáles serán los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que deben orientar sus actos, y en qué casos deberá requerir la autorización judicial para desarrollar sus actividades de investigación, así como qué les está permitido efectuar y qué otras no.

Actualmente, de la revisión de algunas resoluciones que autorizan la ejecución de este nuevo instituto procesal de investigación, se evidencia que no hay un desarrollo claro de los límites al accionar del agente encubierto; no se precisan orientaciones sobre los procedimientos a observar a fin de dotar de legitimidad y de valor probatorio a los diferentes actos que realizan, es decir, no se observa una motivación adecuada en las mismas, lo cual podría contribuir a evitar que el gran esfuerzo investigativo se diluya y se desvanezca al quedar invalidado el material probatorio recabado y que, como

consecuencia de ello, resulten responsabilidades para quién, arriesgando hasta su vida, asumió el papel de agente encubierto.

En nuestra legislación nacional sobre la técnica en estudio, podemos encontrar el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional, órgano encargado de velar por la eficacia y garantía de los derechos constitucionales de las personas y también de los procesos. Dicho Tribunal se ha pronunciado respecto a la técnica especial de agente encubierto en la Sentencia recaída en el EXP N° 04750-2007-PHC/TC, en la cual, delimita: cuál es el concepto y la función que debe cumplir el agente encubierto en la actividades que va realizar y menciona lo siguiente: “Que, el Estado Peruano para poder combatir a la Criminalidad Organizada y al Tráfico Ilícito de Drogas, ha establecido una normativa como es el Decreto Legislativo N° 824°, Ley de Lucha contra El Tráfico Ilícito de Drogas, que regula los procedimientos especiales de investigación, entre los cuales está nuestro actor de la presente investigación como es el agente encubierto; cuya autorización, el control de su actuación y la decisión de su culminación corresponde, según sea el caso, al Ministerio Público o a la autoridad Judicial.

Desde el punto de vista operacional, el procedimiento de agente encubierto lo realiza, por lo general, un efectivo policial seleccionado y adiestrado, que ocultando su identidad, se infiltra en una organización criminal con el propósito de determinar su estructura e identificar a su dirigentes, integrantes, recursos, modus operandi y conexiones con otras asociaciones ilícitas. Su actividad es desarrollada a corto o largo periodo y participa en algunos casos con los miembros de la organización en hechos específicos que sean necesarios para su permanencia en dicha organización. En

concreto, el empleo del agente encubierto es una técnica de investigación eficaz para la obtención de evidencias probatorias e identificación de los involucrados en el delito, toda vez que el agente, al lograr infiltrarse de manera clandestina a la escena misma del crimen, observa in personam, los hechos delictivos practicados por los autores o partícipes de la organización criminal.

Asimismo, contamos con el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada, Bienes Delictivos y Agente encubierto, aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN de fecha 15 de junio de 2006, en el cual se precisa que el Agente Encubierto requiere de un tratamiento muy especial, pues su función es en extremo delicada, ya que supone en todo caso la puesta en riesgo de un bien jurídicamente tutelado de mayor jerarquía como es la vida. Su empleo es excepcional conforme al principio de subsidiaridad.

Además en nuestra legislación nacional el Código Procesal Penal, en su artículo 341°, ha previsto el uso de esta técnica para investigar delitos vinculados a la delincuencia organizada, con la particularidad de limitarla al personal policial, bajo supervisión del Fiscal, resultando necesario normar su desarrollo. Esta norma, en ese sentido, ha logrado establecer los lineamientos generales que deben observar los Fiscales para la utilización adecuada de esta técnica de naturaleza reservada, la misma que se encuentra en constante perfeccionamiento y evolución, dejando margen para que los operadores, en cada caso, con creatividad construyan mejores prácticas, que se ajusten siempre al respeto de los derechos fundamentales y observancia de los principios o garantías del proceso penal.

No obstante, ninguna de estas normas desarrolla, de manera clara e inequívoca,

hasta donde alcanza la autorización que otorga la ley al agente encubierto para desarrollar actividades que podrían significar la comisión de delitos o la asunción de responsabilidades por sus actuaciones; no se precisa la necesidad de que la resolución fiscal que autoriza el desarrollo de investigaciones por un agente encubierto, contenga disposiciones de orientación y como obrar en los casos en los que, para obtener determinadas evidencias o elementos probatorios se tengan que afectar los derechos fundamentales de los investigados, quién será el encargado de solicitar y fundamentar ante el Juez la necesidad de la autorización respectiva y en qué casos entre otros aspectos relacionados con la capacitación y orientación que debe proporcionársele al agente encubierto, lo cual intentaremos desarrollar en el presente trabajo.

III. ITER DE LA INVESTIGACIÓN

III.1 Concepto de agente encubierto

Nuestro nuevo código procesal penal, en su artículo 341°, norma la figura del agente encubierto, como un acto especial de investigación, y no es sino, que el miembro especializado de la Policía Nacional del Perú, que ocultando su calidad de tal, es autorizado a actuar bajo identidad supuesta, con la finalidad de infiltrarse dentro una organización criminal a fin de realizar investigaciones tendientes a tomar conocimiento a la comisión o preparación de delitos, sobre sus integrantes, funcionamiento, líderes o cabecillas, financiamiento, relaciones con otras organizaciones o

con agentes del gobierno, sobre sus bienes, dinero o armas que posean entre otros, a fin de informar a la autoridad sobre dichos descubrimientos y obtener las evidencias que conlleven a dismantelar las organizaciones criminales.

Para la profesora Argentina, Claudia Santa María, el agente encubierto puede ser conceptualizado como “El funcionario policial o de las fuerzas armadas que hace una investigación dentro de una organización criminal, muchas veces bajo una identidad modificada, a fin de tomar conocimiento de la comisión de delitos, su preparación e informar sobre dichas circunstancias para así, proceder a su descubrimiento, o en algunos casos se encuentra autorizado también a participar de la actividad ilícita”.¹

III.2 Concepto de agente especial

El Artículo 341° del Código Procesal Peruano establece que el Fiscal, cuando la circunstancias así lo requieran, podrá disponer la utilización de un agente especial, entendiéndose como tal, al ciudadano que por el rol o circunstancia en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal.

III.3 Concepto de informante

Informante es aquella persona cuyos datos son reservados, que confidencialmente brinda material informativo acerca de ilícitos, personas que participaron en los mismos, entre otros datos de interés

1 SANTA MARIA, Claudia B., El Agente Encubierto, Buenos Aires: La Ley, Año 2000, p. 01.

criminalístico, prestando una valiosa ayuda a los funcionarios policiales en la investigación del delito, los mismos que actúan por diversas motivaciones desde aquellos que son buenos ciudadanos que quieren que se cumpla la Ley hasta aquellos que buscan obtener dinero, venganza u otros motivos subalternos.

Al respecto el autor, José Cafferata Nores señala lo siguiente: “El informante, por el contrario, es en líneas generales, una persona que sin pertenecer a las fuerzas de seguridad, está dispuesto a colaborar en forma confidencial en el esclarecimiento de delitos, brindando determinados datos, para lo cual, concreta un acuerdo con dichas autoridades”.²

III.4 Concepto de agente provocador y diferencia con agente encubierto

En la actualidad se utiliza dicha expresión de provocador, para referirse a los casos en que el agente induce a otro a cometer un delito o contribuye a su ejecución con actos de autoridad o de auxilio, con la finalidad de lograr que el provocado pueda ser sancionado por su conducta.³

La Jurisprudencia de los Estados Unidos permite la intervención de la policía, a fin de brindar una ocasión para delinquir,

cuando consta que el sujeto ya estaba de antemano decidido a cometer un delito; si no fuera así, excluye la posibilidad de exigir responsabilidad criminal al provocado, al haber actuado bajo la presión de un funcionario de policía.

El agente provocador es quien induce a cometer un delito para condenar al provocado, mientras que el agente encubierto es aquel que es utilizado como parte de una técnica especial para combatir ciertos delitos de tracto sucesivo, sin víctimas, tales como el narcotráfico.⁴

Según el autor Carlos Creus⁵, el agente provocador: “Es quien representa el papel de instigador, pero guiado por la finalidad de lograr que el instigado sea descubierto en su accionar delictivo, con el objeto de que sea reprimido por la autoridad”.

El Tribunal Constitucional, según su pronunciamiento de la Sentencia N° 04750-2007-PHC/TC, menciona, en su considerando sexto, que: “El Agente Provocador interviene para introducir o incitar a cometer el delito, para provocar la realización del delito y su actuación determina que una o varias personas incurran en un delito que no tenían propuesto realizarlo con anterioridad, o en caso no hubiesen dado inicio formal a su preparación”.

2 CAFFERATA NORES, José, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Lerner, Córdoba, año 1994, p. 203.

3 MONTOYA, Mario Daniel, Informantes y Técnicas de investigación encubierta, análisis constitucional y procesal penal, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, p. 41.

4 IBID.

5 CREUS, Carlos, Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, Año 1988, p. 349.

III.5 Agente encubierto y su participación en el juicio

En principio, debe señalarse que lo aconsejable es que el agente encubierto se utilice, fundamentalmente, como medio de investigación, no obstante, existe el derecho fundamental a la defensa, de la que una de sus manifestaciones es el derecho que tiene la defensa a interrogar al testigo, en tal sentido, válidamente se puede exigir la presencia del agente encubierto como testigo en el juicio oral. Sin embargo, el artículo 341° del Código Procesal Penal, en su numeral cuarto establece que la identidad del agente encubierto se puede ocultar al terminar la investigación en la que intervino y señala también que es posible la ocultación de la identidad del mismo en un proceso, siempre que se acuerde, mediante resolución judicial motivada y que exista circunstancia razonable que haga temer que la revelación pondrá en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente encubierto. Por lo que, en nuestra práctica judicial este tema queda a la decisión de los señores jueces, existiendo diversos mecanismos para ocultar además de la identidad, el rostro del testigo y distorsionar su voz, a fin de evitar su identificación.

IV. LÍMITES DE LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

IV.1 Finalidad de la técnica especial de agente encubierto

En concreto, esta técnica de investigación busca eficacia en la obtención de evidencias probatorias e identificadoras de los involucrados en el delito, toda vez que el agente, al lograr infiltrarse de manera clandestina a la escena misma del crimen, observa en persona, los hechos delictivos

practicados por los autores y partícipes de la organización criminal.

Evidentemente, la técnica especial de agente encubierto no puede ser utilizado en todos los casos, sino que debe sustentarse, fundamentalmente, en el Principio de Subsidiariedad, según el cual, el empleo del agente ocurre cuando no existen métodos de investigación convencional que posibiliten que el delito sea detectado o sus autores identificados, esto es, si los medios de prueba no pueden ser obtenidos por los llamados métodos tradicionales de investigación, y el Principio de Necesidad, que establece que el agente encubierto será utilizado atendiendo a los fines de la investigación en relación con la gravedad del delito, cometido por organizaciones criminales.

El uso de esta técnica especial de investigación, como lo es, el agente encubierto requiere, necesariamente, la autorización de la autoridad competente ante la existencia de indicios razonables de la comisión de un delito por la persona vinculada al crimen organizado o que continúa realizando dicha práctica criminal cuyo descubrimiento se pretende, es decir, supone el conocimiento de hechos que revistan las características de delito y suficientes circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia y, a partir de ello, el agente encubierto tiene la facultad para actuar con identidad supuesta, entre otras actividades, en el tráfico jurídico y social, así como, participar en las reuniones de trabajo y desarrollar las demás actividades vinculadas al delito que se trate.

IV.2 Límites de la actuación del agente encubierto

En este aspecto, el artículo 341° del Decreto Legislativo N° 957 (Nuevo Código Procesal Penal), establece que la

autorización para la utilización del actor especial de investigación de agente encubierto, que evacúa el Fiscal, autoriza a un miembro de la Policía Nacional del Perú (Agente Encubierto) o en su caso a un ciudadano como agente especial, a fin de que realice actividades de investigación, de los actos propios de la delincuencia organizada. Sin embargo, no se aprecia que se establezca, con claridad y nitidez, qué acciones están autorizados a ejecutar estos agentes, cuál es el límite y cuáles podrían ser las responsabilidades que asuman aquellos.

Así, en la norma en referencia, se señala que se les autoriza a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, que quedan legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y participar en el tráfico jurídico y social, en tanto, sea indispensable para la realización de la investigación, no desarrollándose a cabalidad los alcances de dichas disposiciones, lo cual, genera confusión y propicia un accionar que pone en riesgo el valor probatorio de los actos de investigación realizados y expone a serios riesgos y responsabilidades a los agentes.

En definitiva, se habilita al agente encubierto para que lleve a cabo conductas delictivas, que quedarán impunes si se cumplen las condiciones que acabamos de ver, todo ello amparándose en su identidad supuesta y con la clara finalidad de obtener datos relevantes que permitan averiguar

todo lo referente a la banda organizada en que se infiltra el agente.

V. LA LEGITIMIDAD Y EL VALOR PROBATORIO DE LAS PRUEBAS

V.1 Definición de prueba lícita

La Prueba Lícita se ha dicho que "(...) La investigación de la verdad no es un valor absoluto sino que se haya limitado por los valores éticos y jurídicos del estado de derecho"⁶, esto se traduce a que, si bien es cierto, que para la búsqueda de la verdad, se puede hacer uso de una amplia y plena libertad probatoria, ello no implica de que esta se obtenga a como dé lugar, ni que con tal fin, se vulneren los derechos fundamentales de la persona, es decir, los medios de prueba deben ser legítimos, entendiendo por ello que hayan sido obtenidos e incorporados al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, conforme lo norma: el artículo VIII, del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal.

V.2 Definición de prueba ilícita

La Prueba Ilícita o Prohibida, para PARRA QUIJANO⁷: es la que se obtiene violando los derechos fundamentales de la persona. La violación se puede haber causado para lograr la fuente de prueba o el medio probatorio.

SAN MARTÍN CASTRO⁸ señala que la prueba prohibida: es aquella que

6 DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y Miguel Ángel Torres Morato, La prueba ilícita penal: Estudio Jurisprudencial, Editorial Aranzadi, Navarra, año 2000, p. 29.

7 PARRA QUIJANO, Jairo, La Prueba Ilícita, Revista Ius Et Veritas, Lima, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 38.

8 SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, V. II, Ed. Grijley, 1999, p. 644.

se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendiente a llevar un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba, como la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismo que violan los derechos fundamentales; aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial.

Nosotros definimos a la prueba prohibida como aquella que: se obtiene o se introduce en el proceso penal trasgrediendo derechos fundamentales o formalidades previstas en las normas procesales o constitucionales.

V.3 Consecuencias de la obtención irregular de medios probatorios

Cuando se obtienen determinadas evidencias o medios probatorios sin observar los derechos y garantías que establecen la Constitución, Tratados Internacionales y las leyes, estos carecerán de legitimidad, eficacia y valor probatorio en juicio, pudiendo ser fácilmente tachadas, cuestionadas u objetadas, al extremo de que podrían declararse nulas o no ser admitidos como elemento de prueba válido para ser incorporado al juicio.

Sobre lo acotado, el artículo 341° del Código Procesal Penal, que desarrolla el tema del Agente Encubierto, en su numeral cinco expresa que: cuando las actuaciones de investigación puedan afectar los derechos fundamentales se deberá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria, las autorizaciones que al respecto establezcan la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables, no

obstante, no existe un desarrollo adecuado de cómo concretizar estos mandatos.

VI. TESIS

Nuestra tesis se enfoca en el hecho de que en la actualidad existen ciertos vacíos normativos respecto a los límites de la actuación del agente encubierto, cual es la autorización y cobertura que le otorga la ley. Asimismo, respecto a las acciones que debe desarrollar, con el objeto de que los elementos probatorios que obtenga como consecuencia de su investigación tengan legitimidad y validez en juicio, evitando consecuencias negativas tanto en lo que concierne a la eficacia probatoria de las evidencias recabadas como en prevenir y evitar que se incurra en responsabilidades; lo cual evidentemente amerita una regulación expresa que complemente o reglamente la ley.

VII. TRATAMIENTO Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

El presente trabajo, busca proponer mecanismos que permitan que el agente encubierto conozca antes del inicio de sus actividades de investigación, cuáles son los límites a su actuación, qué autorizaciones le otorga la ley y como debe proceder a fin de que la obtención de elementos de prueba y su entrega a la autoridad que lo autorizó, que lo supervigila y a quien reporta, esté rodeada de las formalidades y garantías de ley, a fin de que produzcan los efectos de prueba.

Luego de la incorporación en nuestra legislación nacional del procedimiento especial de investigación del agente encubierto, normado en el artículo 29° literal b, de la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de

Drogas, Decreto Legislativo N° 824 de abril de 1996, en la cual, no se regulaba adecuadamente su autorización, requisitos y desarrollo, entre otros. Fue modificado por la Ley N° 27934 del 12 de febrero del 2003, modificada a su vez por el Decreto Legislativo N° 989, del 21 de julio del 2007, incorporándose el artículo 2 H, como otra de las medidas que puede adoptar el Fiscal a fin de optimizar el resultado de la investigación preliminar en los casos de diligencias preliminares que afecten las actividades propias de la delincuencia organizada y en tanto existan indicios de su comisión, la utilización de agentes encubiertos o agentes especiales.

Posteriormente, nuestro nuevo Código Procesal Penal ha regulado como un acto especial de investigación, la figura del agente encubierto en su artículo 341°. Todos ellos, en lo sustancial en términos similares, siendo que en lo que respecta a los límites de su actuación no queda del todo claro, la legitimación y cobertura legal que otorga la ley en su accionar, faltando mayores precisiones que eviten que el agente encubierto pueda incurrir en la comisión de infracciones penales o en un accionar ilegal que traerían como consecuencia la asunción de responsabilidades por parte de este y dificultades probatorias de los delitos investigados por estar sustentados en prueba ilícita.

Es así que en estas normas se señala que el agente encubierto está autorizado a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir su incautación, quedando legítimamente habilitado para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y participar en el tráfico jurídico y social.

En este contexto se deberá proporcionar precisiones puntuales y específicas al

agente encubierto sobre cuáles son las autorizaciones que le otorga la ley, si es que puede cometer o no delitos; si eso fuera así, se plantearía el problema de dilucidar si este será el responsable penalmente por la comisión de alguno de esos delitos, en consecuencia, deberá informársele qué tipos de figuras delictivas sería aceptable que cometa y en cuales otros corre el riesgo de ser judicializado y sancionado.

Es importante señalar, de darse la circunstancia, que durante su actuación podrían solicitarle que como prueba de fidelidad ejecute algún delito o que este considere la necesidad de asumir tal conducta con el objeto de ganarse la confianza de los miembros de la organización criminal. Además, eventualmente podrían darse las circunstancias en que se encuentre en riesgo su vida o integridad física y no tenga otra opción que cometer determinados delitos.

Estimamos que como principio, el agente encubierto debería de esforzarse por no cometer delitos, ya que su actuación como tal se hace en su condición de autoridad y deberá evitar ponerse a la altura de los delincuentes cuando esto sea posible. En todo caso, dependiendo de la situación concreta, podría cometer delitos menores que tengan relación estrecha con la investigación concreta. Sobre este aspecto las normas vigentes referidas a esta técnica especial de investigación, no señalan expresamente, en qué casos podría estimarse que el accionar del agente importa la vulneración de determinados tipos penales, en otros cuales podría considerarse que fue indispensable para la realización de sus investigaciones y que, en consecuencia, sea tomada como una conducta autorizada, que lo exima de responsabilidad penal.

En tal virtud, nuestro planteamiento está orientado a que, luego de que se seleccione al funcionario policial que actuará como agente encubierto, el Fiscal, al momento de emitir la resolución que autoriza la utilización de este mecanismo de investigación, deberá conferenciar con fines de capacitación e instrucción con dicho funcionario a efectos de instruirlo y orientarlo, en aspectos relacionados con los límites de su accionar, a fin de que evite cometer excesos y arbitrariedades que lo hagan salirse del rol que desempeña, precisándole que su labor de investigación tiene que desarrollarse con mucho profesionalismo, evitando cometer delitos más graves que los que son materia de investigación, dentro de ellos el quitar la vida a alguien, participar en acciones de torturas o que vulneren y pongan en riesgo gravemente la vida o integridad física de las personas y debiendo estar su accionar enmarcado en el principio de proporcionalidad.

Asimismo, es necesario precisarle que no está autorizado a actuar como agente provocador del delito sino que debe limitarse a investigar los delitos cometidos, buscando obtener los medios de prueba necesarios, y si no tuviera otra opción, en última instancia podría cometer algunos ilícitos penales, pero que sean consecuencia necesaria de la investigación concreta que realiza y se entiende de menor entidad que aquellos que investiga, dentro de estos, el citado artículo 341° del Código Procesal Penal, señala que puede adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

Sobre esta reunión de orientación y capacitación en los temas tratados, deberá dejarse constancia en la resolución Fiscal que autoriza, el accionar del agente encubierto.

Otro aspecto fundamental que tiene que ver con el desarrollo de las investigaciones que efectúa el agente encubierto, es el relacionado con la legitimidad de las pruebas obtenidas, pues, a menudo éstas son cuestionadas durante el juicio y existe el riesgo cierto de que tan importante esfuerzo y orientación de recursos finalmente puedan resultar ineficaces para el logro del objetivo.

Como sabemos, en un Estado Democrático de Derecho como es nuestro país, existen derechos, principios y garantías que informan el debido proceso y son aplicables inclusive en sede de investigación preliminar y cuya inobservancia o contravención traen como consecuencia la invalidez de los medios probatorios obtenidos; es por ello, que la labor que realiza el agente encubierto debe estar rodeada de todas las garantías y formalidades de ley, a fin de que las evidencias obtenidas produzcan los efectos de una prueba de cargo, capaz de destruir la presunción de inocencia que la Constitución Política de la República reconoce a los investigados, obviamente, luego de que estas hayan pasado el examen de legitimidad y validez probatoria en juicio oral.

En tal sentido, el ya citado artículo 341° del Código Procesal Penal, precisa que cuando las actuaciones de investigación que realiza el agente encubierto, puedan afectar los derechos fundamentales, se deberá solicitar al juez de la investigación preparatoria las autorizaciones que al respecto establezca la Constitución, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables; sin embargo, se han dado casos de que dicho agente no siempre tiene la claridad y conocimiento suficiente como para determinar por sí mismo, cuáles son aquellos actos que afectan derechos fundamentales.

Finalmente, además de las propuestas efectuadas, observamos la necesidad de que se elabore un Manual o un Protocolo de procedimientos del agente encubierto, que contenga pautas para un mejor desarrollo de esta técnica especial de investigación, con el objeto de no dejar liberada su ejecución al leal saber y entender del

funcionario policial que cumplirá tal rol, sino que, tratándose de un procedimiento tan riesgoso e importante, la recolección de información y evidencias no deben correr el riesgo de no cumplir con sus fines por haber sido obtenidas de manera ilegítima y poco técnica.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CAFFERATA NORES, José, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Lerner, Córdoba, año 1994.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Año 1988.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y Miguel Ángel Torres Morato, *La prueba ilícita penal: Estudio Jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, Navarra, año 2000.
- MONTOYA, Mario Daniel, *Informantes y Técnicas de investigación encubiertas análisis constitucional y procesal penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires. 2001.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Pruebas Ilícitas*, Revista Ius Et Veritas, Lima, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Manual de Derecho Procesal Penal, Teoría – Práctica – Jurisprudencia, con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2º Edición, Año 2010.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, V. II, Ed. Grijley, 1999.
- SANTA MARÍA, Claudia B., *El Agente Encubierto*, Buenos Aires: La Ley, Año 2000.

CRITERIOS PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR PERSONAL DE PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL²

INTRODUCCIÓN

Las normas que regulan los procesos penales tanto en el Fuero Militar Policial como en el Fuero Común, prevén la aplicación de medidas cautelares de carácter personal, como medio para alcanzar su fin, esclarecer los hechos puestos en conocimiento de los operadores jurisdiccionales y fiscales.

Pero, los criterios para su requerimiento y posterior imposición, son los que no han merecido suficiente debate, al menos en la jurisdicción militar policial, toda vez que en el fuero ordinario, la Casación N° 626-2013-Moquegua; publicada el 27 de febrero de 2016, ha devenido en doctrina jurisprudencial vinculante para sus órganos jurisdiccionales.

En este sentido, con el presente trabajo, sin considerarnos conocedores de la verdad; y más aún, sin caer en la arrogancia de pretender cambiar el futuro, para evitar el castigo referido por Dante; intentamos aportar luces para alcanzar un criterio homogeneizador para los órganos de la justicia castrense, que permita alcanzar decisiones fundadas en Derecho, sin vulneración de los principios y garantías que rigen el proceso penal militar policial.

1 Abogado.

2 El presente artículo forma parte de un proyecto más ambicioso del autor, la preparación de un Manual del Proceso Penal Militar Policial, que se encuentra en pleno desarrollo.

II. GENERALIDADES

La existencia de la Jurisdicción castrense³ se da por la especialidad del derecho militar, fundamentalmente de las ramas relacionadas con el derecho penal militar y el disciplinario militar, las cuales son ramas propias e independientes. La especialidad de la jurisdicción militar se entiende como una derivación y exigencia técnica de la propia especialidad y autonomía del Derecho Penal Militar.

El Derecho Penal Militar se reconoce como el más importante de los Derechos Penales especiales, sustentado y orientado por un cuadro de valores propio, desenvuelto en una tipología delictiva distinta a la del Derecho Penal común.

La codificación penal militar, como sucede con las normas que van incorporándose a la parte especial del Código Penal o las leyes penales especiales, responde a la legítima necesidad de la sociedad y, en especial de las Instituciones Armadas, de sancionar a nivel criminal un núcleo más o menos extenso de comportamientos. No olvidemos que uno de los argumentos enunciados sobre el que descansa la existencia de la Jurisdicción Militar es el de mantener con ella el orden, la organización y la disciplina, entre otros, en los ejércitos y demás fuerzas armadas y policiales, a través de la rapidez y ejemplaridad de los procesos y de las penas.

Las normas constitucionales previstas en los artículos 165 y 168 de la Constitución, son de derecho público; y como tal, de público conocimiento y de estricto cumplimiento por las personas que deciden

incorporarse a las filas de las fuerzas armadas y policía nacional; significando que desde el momento que deciden enrolarse a filas, se someten a las leyes y reglamentos que las regulan.

III. LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva en el proceso penal común, a diferencia del proceso penal militar policial, es la medida cautelar más requerida y dictaminada; sin embargo, pueden coincidir en que, el dictado del mandato vulnera los principios de excepcionalidad y de proporcionalidad; sin que el órgano requirente haya acreditado los presupuestos materiales que justifiquen su imposición: e, inclusive, no existiendo una adecuada motivación de los fundamentos que la disponen.

Desde que se inicia, hasta su culminación con un pronunciamiento basado en derecho; el proceso penal puede verse afectado en su eficacia, y con ello, devenir en impracticable; ya sea el juicio, por inconcurrencia del acusado; o, peor aún, en inejecutable la decisión final (sentencia), ante su ausencia.

La prisión preventiva, como medida de coerción procesal, basa su legitimidad en la concurrencia de determinados presupuestos formales y materiales, que deben ser tomados en cuenta por el Juez Militar Policial, al momento de decidir su procedencia.

El numeral 8) del artículo 321° del CPMP⁴, prevé la imposición de la medida coercitiva de prisión preventiva, cuyos

3 Léase: Militar y/o Policial.

4 Código Penal Militar Policial.

requisitos se encuentran establecidos en el artículo 322° del mismo cuerpo de leyes.

Se debe distinguir que las normas penales y procesales penales comunes constituyen un medio protector de la sociedad, que regulando el *Ius puniendi* del Estado, tiene por finalidad buscar la reincorporación del infractor a la sociedad, más conocida como “*la resocialización del condenado*”; mientras que el CPMP se constituye en un medio protector de cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional⁵. Ello implica una mayor responsabilidad de sus operadores penales militares policiales, pues de no actuar correctamente, debilitarían a dichas Instituciones, las cuales no cumplirían sus funciones, poniendo en riesgo su existencia y la del propio Estado.

Dicho esto, la prisión preventiva “*es un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso*”⁶. Esta medida no tiene naturaleza sancionatoria, sino instrumental y cautelar; cuya aplicación debe reservarse para neutralizar las conductas que pongan en riesgo el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley.

Por esas razones, consideramos que resulta necesario que en el Fuero Militar Policial se precise claramente, cuál debería ser el procedimiento a seguir durante la audiencia respectiva y, sobre todo, los criterios a tener en cuenta para disponer la medida cautelar personal de prisión preventiva.

En tal sentido, resulta necesario, a nuestro entender, que en el Fuero Militar se dicten pautas, vía doctrina jurisdiccional, en el sentido de precisar cómo deben ser evaluados por los órganos jurisdiccionales, los presupuestos para dictar una medida de prisión preventiva, para los miembros de las FFAA o PNP que incumplan su función; para ello, nos permitimos esbozar diversas ideas, en aras de contribuir con hacer más predictiva las decisiones a este respecto.

IV. JURISPRUDENCIA

Del trabajo de campo efectuado por el autor de esta nota, se pudo tener acceso a, por lo menos, tres requerimientos de prisión preventiva, que han sido tomados como objetos de análisis, sobre todo por los resultados disímiles alcanzados en cada uno de ellos, como son:

En el Exp. 0001-2016-06-26, el Juzgado Militar Policial dictó mandato de prisión preventiva contra los imputados, por cuanto los Oficiales, al tener mando sobre sus subordinados, “*existe fundada razón para presumir que estando (...) en libertad pretenderán influir en la declaración de dichos testigos (...)*”; por otro lado, por versión de uno de los coimputados, el Oficial de mayor jerarquía lo ha coaccionado para que cambie su versión y niegue los hechos”.

Elevada en apelación, se confirmó la impugnada en todos sus extremos.

5 Arts. 165°, 166°, 171° como se precisa en el Art. I del TP del CPMP.

6 Caferata Nores, José.- Medidas de Coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación; Edit. De Palma, Bs.As., 1992.

En el Exp. 0029-2014-00-00, el órgano jurisdiccional declaró fundado el requerimiento fiscal, basado principalmente en la gravedad de la pena a imponerse con carácter de efectiva, que influirá *“en la toma de decisión de una posible evasión por parte del imputado”*.

Resuelta la apelación, por mayoría de 2 a 1, se confirmó la impugnada; con un voto en discordia, que consideró que no existían elementos de convicción que sustenten continuar con dicha medida; señalando que el presupuesto de salvo delito grave establecido en el primer párrafo del artículo 320° del Código Penal Militar Policial, *“debe interpretarse a la luz de lo establecido en el artículo 322° del mismo cuerpo normativo considerando los numerales 1) y 2) de manera concurrente; en ese sentido, no basta para confirmar la prisión preventiva la calificación de ‘delito grave’ sino también debe considerarse de la apreciación de las circunstancias del caso exista presunción suficiente, de que aquel no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación”*.

Posteriormente, vía acción constitucional de hábeas corpus, la 6ta. Sala Penal para reos en cárcel de la Corte Superior de Lima, declarando fundada la petición, ordenó la cesación de la medida cautelar; entendiendo que sustentar el peligro procesal en la gravedad de la pena y/o de los hechos, es realizar una calificación respecto al fondo de la causa, que resultaría impertinente para la medida.

En el Exp. 0030-2015-00-00, el Juez declaró fundado el requerimiento fiscal, ordenando la prisión preventiva, razonando

que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de los delitos de función militar policial; y que por ello el procesado *“podría”* rehuir la acción de la justicia.

Impugnada la decisión, el superior declaró fundada la apelación, ordenando la libertad del procesado; considerando la no existencia de indicios razonables en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del imputado.

V. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Por ser la libertad uno de los más importantes derechos de la persona, solo puede ser restringida por disposición judicial, mediante mandato debidamente motivado, es decir, una resolución judicial con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho que la justifiquen; y limitado a los supuestos que la ley prevé.

Esta exigencia de primer orden, es resaltada por el Dr. Víctor Cubas Villanueva⁷, por cuanto: *“Su aplicación es ampliamente cuestionada por estar en contradicción con el principio constitucional de la presunción de inocencia”*.

Como se ha venido señalando, las medidas cautelares se diferencian de las penas, por cuanto no tienen una función sancionatoria, sino, están orientadas a asegurar los fines del proceso penal.

Sin embargo, del análisis efectuado a los procesos reseñados, se puede indicar

7 Cubas Villanueva, Víctor.- El nuevo proceso penal peruano; Palestra Editores, Lima, 2015.

a priori que el problema radica en que no se observa un adecuado planteamiento por parte del requirente, adoleciendo de sustento fáctico y jurídico, así como que, tampoco se desarrollaron convenientemente las respectivas audiencias; donde los requisitos para su imposición, previstos en el CPMP, no fueron sometidos al contradictorio; y en otros casos, no fueron objeto de debate por las partes procesales; todo ello, al parecer de algunos operadores jurisdiccionales y fiscales, por no estar regulado en las normas procesales penales militares policiales, un procedimiento a seguir durante la audiencia correspondiente.

VI. CRITERIOS A TENER EN CUENTA

La medida en comento, se encuentra prevista en el numeral (8) del artículo 321° (Parte Procesal) del CPMP, y señala lo siguiente:

“Artículo 321.- Medidas de coerción

El fiscal militar policial o el actor civil podrán solicitar al juez la imposición de cualquiera de las medidas que se indican a continuación:

1. (...)
8. Prisión preventiva.
- (...)

El requerimiento de una medida de coerción y la resolución del juez deberán efectuarse en audiencia oral y pública convocada a tal efecto.

No se podrá aplicar una medida de coerción sin expreso pedido del fiscal militar policial o del actor civil.

Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda

ser evitado razonablemente por aplicación de otra medida menos grave para el imputado que la requerida por el fiscal o el actor civil, el juez deberá imponerle alguna de las previstas en el presente artículo, en forma individual o combinada”.

De la lectura de la norma se puede inferir, que la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva debe ser solicitada por el Fiscal o el actor civil; vale decir, entonces que se encuentra proscrita, dado el carácter del modelo acusatorio, el pronunciamiento de oficio por parte del juez. Por otro lado, a pesar que la norma no lo precisa, se debe tener presente que el requerimiento debe ser formulado por escrito; y luego de ello, será sustentado oralmente en una audiencia programada para tal efecto.

Asimismo, otra característica que resalta, es que no se trata de una norma imperativa, sino facultativa, por cuanto deja a criterio del juez la decisión, quien debe decidir basado en la ley y los hechos puestos a su conocimiento, luego de un juicio de ponderación que la hagan razonable.

En cuanto a los requisitos para su imposición, el CPMP prevé lo siguiente:

“Artículo 322.- Requisitos

Las medidas de coerción procederán cuando concurran las circunstancias siguientes:

1. Que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es autor o partícipe de un delito; y,
2. Cuando por la apreciación de las circunstancias del caso, exista presunción suficiente, de que aquel no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación.

Al solicitarlas, el fiscal militar policial o el actor civil expondrán con claridad los motivos.

El juez apreciará la legalidad y razonabilidad del requerimiento y resolverá fundadamente⁸.

Este artículo establece los requisitos que deben ser acreditados ante el juzgador para que se conceda la medida coercitiva; sin embargo, respecto de los últimos párrafos, esto es, exposición clara de los motivos y la apreciación por parte del juez de la legalidad y razonabilidad del pedido y la fundamentación y/o motivación de su decisión; se debe traer a colación los fundamentos esgrimidos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, con ocasión de la Casación⁸ que estableció doctrina jurisprudencial vinculante para los órganos jurisdiccionales ordinarios, que precisó:

“El Fiscal (...) en su requerimiento escrito de prisión preventiva para establecer el primer elemento solo relató los hechos imputados sin ligar separadamente, por cada uno, los elementos de convicción que lo sustentarían. Tampoco indicó separadamente los dispositivos legales, incisos y causales de la existencia de peligro procesal (...). Vulnerándose el artículo (...) que establece que los requerimientos debe ser motivados fáctica y jurídicamente. (...)”.

“Al declararse fundado este requerimiento se produce una grave vulneración, pues la defensa no supo de qué defenderse, si bien el órgano fiscal no restringe derechos fundamentales, sí requiere su afectación, por lo que estos actos deben ser realizados de la

forma más correcta posible, fundamentando cabalmente su solicitud, de otra forma no tendrá eficacia.”.

“El Juzgado (...), redactó los hechos imputados e inmediatamente sintetizó una serie de elementos de convicción; sin embargo, no indicó cuál acto de investigación acreditó, que hecho de la imputación.”

“La Sala (...) no valoró toda la información que se desprendía del caso, como la actitud del imputado (...), que, como se indicó, implica un peligro de obstaculización probatoria que debe ser evaluada con otros elementos configuradores del peligro de fuga como la gravedad de la pena,”

“Asimismo, sustentó el peligro de obstaculización probatoria en la sola gravedad de la pena, lo que no es pertinente, pues de esta se extrae peligro de fuga.”

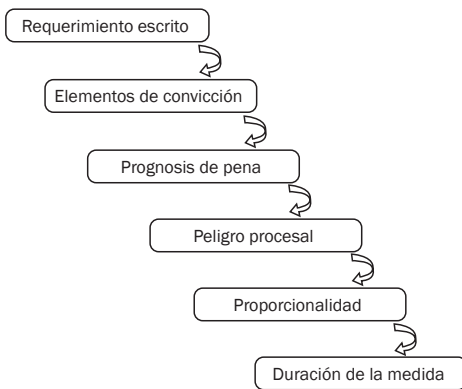
El artículo 322° prevé, de manera taxativa, los presupuestos materiales sobre los que se debe sustentar una medida de prisión preventiva. Conforme a la doctrina y a la jurisprudencia nacional e internacional, los presupuestos cuya verificación se exige, son los siguientes:

- *Fumus comissi delicti.*- Parafraseando a Roxin, consiste en la existencia de indicios que giran en torno a la presencia de un hecho que la ley señala como delito, la probable intervención del imputado como autor o cómplice del mismo.
- *Periculum in mora.*- La existencia de un riesgo o peligro para el debido desarrollo del proceso; que según

*Martínez Garnelo*⁹, se ve motivado por el riesgo de fuga del imputado y el peligro de ocultación o manipulación de pruebas.

Ahora bien, antes de pasar a examinar los presupuestos descritos, resulta preciso detenernos en plasmar un procedimiento adecuado para su debida observancia por los órganos jurisdiccionales competentes.

La Casación¹⁰ indicada líneas arriba, ha establecido que el debate en una audiencia de prisión preventiva; debe desarrollarse, esquemáticamente, de la siguiente manera:



En cuanto a los presupuestos, el Fiscal; o el actor civil, también para nuestro caso; *“debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentado cada extremo con exhaustividad. Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco punto*

*indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro”*¹¹.

A este respecto, consideramos que lo indicado por la citada Sala Suprema, resulta aplicable para los procesos penales militares policiales, sin mayores variaciones; por cuanto, aplicar un orden en el desarrollo de la audiencia permitirá un mejor debate y mayor comprensión por parte del órgano decisorio.

“Elementos de Convicción”

En cuanto al primer presupuesto, previsto en la norma, respecto de la existencia de *“elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es autor o partícipe de un delito”*; a decir de la Corte Suprema, *“de los fundados y grave elementos de convicción”*, se debe entender como la información recolectada por el Fiscal, que aparejado a su requerimiento, debe describir la existencia, primero de un delito de función, en sus aspectos objetivos y subjetivos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso López Álvarez vs Honduras, ha precisado que *“en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo”*¹².

Entonces, no basta que el requirente, describa con lujo de detalles los hechos materia de investigación y acreditar la existencia de un hecho delictuoso de competencia del Fuero Militar Policial, sino que, se deberá tener sumo cuidado, en acreditar

9 Martínez Garnelo, Jesús.- Derecho procesal Penal en el Sistema Acusatorio; Edit. Porrúa, México, 2011.

10 Casación N° 626-2013-Moquegua; Fj. 24.

11 Ídem.

12 Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia del 1 Feb.2006. Serie C N° 141, párrafo 81.

que existan suficientes elementos recabados durante la investigación, que permitan inferir que el imputado tiene conexión con el delito, vale decir, presenta una vinculación, con un alto grado de probabilidad, de que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito investigado.

Así, resulta necesario que se ponga a conocimiento del juez, la información, documentación y/o suficientes indicios, a partir del material probatorio acopiado durante la investigación, para convencerlo que el imputado está involucrado en los hechos. Por supuesto, que no puede exigirse una certeza absoluta, *“sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido”*¹³.

“Prognosis de Pena”

No se encuentra previsto como presupuesto, en el artículo materia de análisis, sin embargo, en el numeral (2) del artículo 329° del CPMP se encuentra regulado como una limitación a la prisión preventiva que “el delito tuviere previsto hasta tres años de pena privativa de libertad, (...)”; de lo que se infiere que solo podrá imponerse este tipo de medidas, cuando se trate de delitos cuya pena máxima fuere mayor a los tres años.

Para que este requisito sea superado, bastará que el peticionario acredite que la pena conminada para el tipo penal por el cual viene siendo investigado el imputado, supera el límite de años indicado. No es necesario someter a debate la proyección de pena probable, para el caso concreto, como resultado de un análisis de suficiencia

probatoria, por tratarse de un requisito de naturaleza meramente formal.

“Peligro Procesal”

Como segundo presupuesto material, se presenta *“Cuando por la apreciación de las circunstancias del caso, exista presunción suficiente, de que aquel no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación.”*

*“Constituye el verdadero sustento de la medida cautelar”*¹⁴. Su aplicabilidad está relacionada a que, por sus antecedentes, comportamiento y otras circunstancias del caso concreto, se pueda considerar razonablemente, que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia (conocida como peligro de fuga); o que por dichas conductas u otras desarrolladas al interior de la investigación, obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Es decir, según el profesor Roxin¹⁵, que debe existir un motivo de privación de libertad específica: “sospecha fundada de fuga o peligro de entorpecimiento”.

El CPMP no establece criterios o pautas que permitan calificar el peligro procesal en alguno de sus dos variantes; a diferencia del CPP que sí los establece en sus artículos 269° y 270°, previendo cuatro criterios para calificar el peligro de fuga; y tres para calificar el peligro de entorpecimiento; los cuales podrían ser de observancia por parte del juzgador militar policial, en base a la supletoria prevista en el Título Preliminar

13 Circular sobre Prisión Preventiva, aprobado por R. Adm. N° 325-2011-P-PJ.

14 Cubas Villanueva, Víctor.- Ob. cit.

15 Roxin, Claus.- Derecho Procesal Penal; Trad. 25ª Edic. Alemanap/Córdoba y Pastor, Edit. De Puerto, Bs.As., 2000.

del CPMP; aunque con serias restricciones, dada la excepcionalidad de la justicia privativa y las especiales circunstancias en que presta servicios el personal militar policial; como por ejemplo, no podría ni debería ser sometido a debate el arraigo del imputado, por cuanto el personal militar y policial, es periódicamente cambiado de una guarnición a otra, que impide, en el común de los casos, poder acreditar dicho criterio.

Con esta especial advertencia, la existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de las circunstancias que puedan tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y, sobre todo, valores morales del procesado dada su condición de soldado; su ocupación, sus bienes, vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir con un alto grado de objetividad que no rehuirá al proceso; también son deseables apelar a su foja de servicios, su personalidad y carácter; y las circunstancias de cómo procedería ante una futura pena grave.

Y en cuanto a la perturbación probatoria, se manifiesta en la remoción o modificación de las fuentes de prueba, presión sobre los testigos, negativa a entregar los medios puestos bajo su administración, etc. No bastando que el órgano fiscal reseñe correlativamente hechos que son materia del proceso en sí, así como, que la decisión judicial debe reflejar indicios suficientes o razonables en torno a la perturbación de la

investigación o que se vaya a sustraer de la misma.

A decir de Del Río¹⁶, para afirmar el peligro de obstaculización, es necesario que sea concreto y no abstracto (por ejemplo, no basta con indicar que el imputado tiene tal o cual grado o jerarquía militar para aseverar este requisito). El riesgo debe colegirse de la realización, por parte del imputado, de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba.

Tampoco resulta lógico caer en situaciones, donde la Sala *“estimó que el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria radicaría en la negativa de la procesada de aceptar los cargos imputados (...)”*¹⁷.

Es pertinente resaltar lo anotado por el Tribunal Constitucional cuando señala que *“sustentar el peligro procesal en la gravedad de los hechos, es realizar una calificación respecto al fondo de la causa, que resultaría impertinente para la medida de prisión.”*¹⁸

Finalmente, *“La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria por no encontrarse razonablemente justificado.”*¹⁹

“Proporcionalidad”

Para imponer la medida, se debe tener presente que aquella constituye el necesario

16 Del Río Labarthe, Gonzalo.- La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal; ARA Edit., Lima.

17 Exp. 5591-2009-PHC/TC.

18 Exp. 0156-2010-PHC/TC.

19 Exp. 01260-2002-PHC/TC; 01567-2002-HC/TC; 01091-2002-HC/TC.

y último recurso al que se puede apelar para alcanzar los fines del proceso.

Así lo establece el artículo 320° en su segundo párrafo, cuando establece que *“La privación de libertad es la última alternativa y sólo se acudirá a ella cuando las demás medidas alternativas no funcionen”*.

De primera impresión, podría resultar válida, la exigencia que el Fiscal, deba solicitar al juez la imposición de cualquiera otra de las medidas coercitivas, como paso previo a la prisión preventiva, entre ellas, la obligación de presentarse cuantas veces sea requerido, etc.

Más aún, en este orden ideas, se debe tener en cuenta lo previsto en el último párrafo del artículo 321° que prevé que: *“Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente por aplicación de otra medida menos grave para el imputado que la requerida por el fiscal o el actor civil, el juez deberá imponerle alguna de las previstas en el presente artículo, (...)”*.

Entonces, de una lectura sistemática del Código, se debe considerar que el requirente de una medida de prisión preventiva, deberá cerciorarse de haber solicitado previamente la imposición de alguna de las medidas previstas en el referido artículo 321°.

Al menos, ese fue uno de los criterios de la Sala de Guerra al resolver favorablemente la Apelación al mandato de prisión preventiva en contra de un Sub Oficial EP en el Exp. 0030-2015-00-00/28.

No obstante lo indicado, se debe reparar en su finalidad; y por tanto, su concesión

debe ser adecuada, como la medida más apta para alcanzar el fin legítimo del proceso; y que resulta necesaria, por cuanto es la única manera de alcanzar dicho fin; el cual estaría en peligro de no culminarse, por la propia actitud o comportamiento del imputado.

“Duración de la Medida”

El segundo párrafo del artículo 324° del CPMP prescribe que *“las medidas de coerción privativas de libertad no podrán durar más de dos años.”*. Asimismo, se precisa que *“el fiscal deberá indicar el plazo de duración”*.

A este respecto, corresponde al fiscal, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, proponer su duración; sin embargo, cuando se requiera la prisión preventiva bajo el presupuesto de obstaculización de la investigación, se deberá tener en cuenta lo previsto en el último párrafo del artículo 323°, en el sentido que el Fiscal, deberá identificar cuáles son aquellos actos de investigación que podrían ser entorpecidas, fijando un plazo razonable para su concretización, luego del cual la medida decaerá por sí misma.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Como manifestamos al inicio de este trabajo, no pretendemos ser dueños de la verdad; sin embargo, invitamos al debate de los criterios expuestos en los párrafos que anteceden, con la finalidad de alcanzar criterios uniformes que puedan ser invocados y/o tomados en cuenta por todos los magistrados militares policiales de las diferentes instancias del Fuero Militar Policial.

LAS TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL

COMO MANIFESTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO Y LA TEORÍA DEL CASO

1. INTRODUCCIÓN

En el nuevo sistema procesal penal de corte acusatorio garantista es necesario conocer, practicar y manejar muy bien las diferentes técnicas de Litigación Oral, para con ello, poder realizar una mejor defensa legal en favor del investigado o para poder demostrar su responsabilidad penal; entre ellas tenemos la Teoría del Caso, el Interrogatorio, el Contra Interrogatorio, las Objeciones y la Introducción de evidencia en Juicio Oral. La Teoría del caso es la técnica de litigación oral más importante, pues aglutina en ella a todas las demás técnicas y es, por medio de ella, que debe estructurarse las preguntas del interrogatorio, las de contra interrogatorio, hay que determinar cuándo se debe objetar, cuándo no y, de ser necesario en el caso concreto, introducir la evidencia material en juicio porque por medio de esta última técnica, el Juez podrá tener un mejor conocimiento y más preciso sobre lo que realmente ocurrió.

1 Abogado por la PUCP. Magister en Derecho con mención en Derecho Penal por la PUCP. Miembro Asociado al INCIPP. Profesor universitario en Pre y Post Grado. Miembro del Consejo de Honor - Revista Derecho y Sociedad (PUCP). Miembro de la Red Internacional por los Derechos Humanos, con sede en la USP - Sao Paulo, Brasil. Autor de la publicación de 1 libro y 22 artículos jurídicos en revistas especializadas de Derecho Penal. Ha formado parte como Delegado alterno en la GTT N° 07 (Reforma del Sistema Procesal Penal) de la CERIAJUS, ha sido Comisionado y Secretario Técnico en la Comisión Especial encargada de modificar el Código Penal en delitos de Minería Ilegal y delitos conexos Enero, 2012 Socio y Jefe del Área Penal y Procesal Penal de Estudio Paz Panduro Asesores & Consultores.

2. LAS TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL

El abogado defensor y el representante del Ministerio Público, en el nuevo sistema procesal de corte acusatorio garantista, deben saber que litigar ahora es un ejercicio profundamente estratégico, tal como señalan Baytelman y Duce.

Conocer los conceptos y funciones que cumplen las técnicas de litigación oral es indispensable, es una necesidad para tener éxito en la defensa o en la acusación que se realice dentro de cada investigación o proceso penal. A continuación expondremos, de manera sucinta y resumida los conceptos y funciones que cumplen las técnicas de litigación oral:

II.1 La Teoría del Caso

Cuando Andrés Baytelman y Mauricio Duce² señalan que: *litigar juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico*³, no debemos entender que el fiscal o el abogado defensor van a tratar de distorsionar la verdad o que van a mentir durante el desarrollo del juicio, al contrario, lo que quiere decir Baytelman y Duce con ello, es que el abogado de la defensa y el representante del Ministerio Público deben prepararse exhaustivamente en cada caso que sigan, el absoluto conocimiento del expediente será vital para organizarlo de manera lógica y coherente, para mostrarlo al Juez sin mentir

y sin crear pruebas inexistentes, solo con lo que existe deberán probar cada una de sus afirmaciones y con ello, convencer al Juez de la teoría del caso que plantean.

Debemos tener en consideración, tal como señala Baytelman⁴, que toda investigación y juicio penal, siempre versará sobre un hecho acaecido en el pasado y por ende, ninguna persona puede visitar o retornar para averiguar la verdad; además, cada hecho reviste circunstancias y características complejas y diferentes, de forma tal que, en muchos casos probablemente, nunca se podrá determinar qué fue lo que realmente sucedió o qué estaba sucediendo en la mente de la o las personas que realizaron la conducta, cuáles fueron sus motivaciones o que factores ocultos a la prueba determinaron los hechos que ocurrieron. De esta manera, en un juicio penal se tiene distintas versiones acerca de lo que “realmente ocurrió”, la policía tendrá su versión de lo que aconteció, diferente a la versión de los testigos, a la versión del imputado y distinta de la versión del agraviado. De todas ellas, el juez, al finalizar el desarrollo del juicio, deberá elegir una versión o muchas veces tomará una parte de cada una de las versiones y expedirá una sentencia que no siempre será lo que realmente sucedió, prueba de ello son los muchos inocentes condenados y de igual manera algunos culpables absueltos.

La teoría del caso⁵, entonces, es “un punto de vista” que se muestra al juez y; a

2 BAYTELMAN, Andrés. y DUCE, Mauricio. Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. INACIPE. México. 2003. p. 38.

3 La cursiva es nuestra.

4 BAYTELMAN, Andrés. y DUCE, Mauricio. Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. p. 38 y 39.

5 BAYTELMAN, Andrés. y DUCE, Mauricio. Material de Destrezas de Litigación en Juicio Oral para el Ecuador. Ecuador. 2003. p. 50.

través de dicho punto de vista, se ofrece al Tribunal una transmisión clara y sencilla de los hechos favorables a su versión, ya sea que lo exponga la defensa del imputado o ya sea el fiscal.

Frente a estas condiciones en las que se enfrenta una investigación y/o proceso penal, es sumamente importante mostrar al juez una versión sólida de lo que realmente aconteció, a través de un relato cronológico, lógico y coherente que le permita al magistrado tomar una decisión sobre la conducta realizada por él o los procesados en el pasado histórico.

El Dr. José Neyra señala:

*“En este sentido, la teoría del caso se erige como el instrumento más importante para organizar nuestro desempeño en el proceso penal porque constituye la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar, teniendo como elementos fundamentales las afirmaciones de hecho relevantes, el derecho aplicable y los medios probatorios que sustentan dichas afirmaciones.”*⁶

Es por ello que, la teoría del caso es la primera técnica de litigación oral que debe ser analizada y adecuadamente estructurada por cada una de las partes, pues de ella dependerá, básica y fundamentalmente, el desarrollo de todo el juicio oral.

Es necesario entonces, establecer una teoría del caso sólida, congruente, lógica; que permita al juzgador conocer de

primera impresión cómo realmente se produjo el hecho ilícito materia de proceso y que lo mantenga muy atento al posterior desarrollo del juicio. Durante el desarrollo de la investigación y/o del juzgamiento se demostrará lo expresado en los alegatos iniciales y permitirá conseguir la absolución del imputado. La utilización de la teoría del caso, entonces, forma parte del derecho constitucional de defensa que se le reconoce a toda persona y, por ende debe ser adecuadamente utilizada ya que, de lo contrario perjudicaría, notablemente, al patrocinado, afectando de una u otra manera su libertad personal.

La teoría del caso se encuentra conformada por 3 niveles de análisis: la teoría de los hechos o fáctica, la teoría jurídica o del derecho aplicable al caso y la teoría de la base probatoria. Es sumamente necesario vincular siempre los medios probatorios a la teoría del caso; sin medios probatorios estaríamos frente a un bonito relato coherente pero sin pruebas de convicción que demuestren nuestra teoría del caso, no tendremos un buen caso. El primer nivel de análisis trata de verificar si los hechos realizados tienen relevancia penal, luego debemos subsumir estos hechos en la norma penal aplicable y, posteriormente, se debe contrastarlos con los medios probatorios con que se cuente⁷. En términos muy sintéticos, la teoría del caso es el resultado de la conjunción de la hipótesis fáctica jurídica y probatoria que maneja el fiscal y/o el abogado de la defensa, sobre un caso concreto⁸.

6 NEYRA FLORES, José. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Idemsa. Lima. 2010. p. 733.

7 MONTES CALDERÓN, Ana. Técnicas del Juicio Oral en el sistema penal colombiano. Lecturas Complementarias”. Quebecor World Bogotá SA. Bogotá. 2003. p. 106.

8 MONTES CALDERÓN, Ana. Op. Cit. p. 106.

La teoría del caso, de esta manera, es el planteamiento de la acusación o la defensa, que se realiza sobre: hechos penalmente relevantes, sobre las pruebas que los fundamentan y los sustentos jurídicos que lo sostienen; esta teoría del caso se presenta a través del alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos, con el propósito de persuadir al juzgador sobre la inocencia o culpabilidad del imputado y, contiene escenarios, personajes y sentimientos que toda conducta humana posee⁹.

La teoría del caso, entonces, viene a ser la técnica de litigación oral más importante, pues en ella descansa la estrategia procesal que el abogado de la defensa va a desplegar respecto de su patrocinado; con el objetivo de conseguir absolución o atenuación de condena dentro del desarrollo del juicio oral; la cual siempre debe considerar analizar los hechos relevantes, el tipo penal aplicable y los medios probatorios que causarán certeza en el juzgador.

II.2 El Interrogatorio Directo

Julio Fontanet¹⁰ señala que en los sistemas acusatorios de naturaleza oral y adversarial, se depende, fundamentalmente, de la prueba testifical para establecer todas las alegaciones del caso.

Al ser el sistema acusatorio garantista eminentemente público, oral, contradictorio

y con inmediación; tanto el abogado de la defensa como el representante del Ministerio Público, deben saber qué preguntar, cuándo preguntar y cómo preguntar a los testigos que se presenten; pues, a través de ellos, el Juez podrá tomar conocimiento de lo que ocurrió, en realidad, en el hecho delictuoso investigado.

La prueba se forma durante del desarrollo del juicio oral, con base en los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad, siendo el momento crucial de ello, las declaraciones realizadas a través de interrogatorios y contra interrogatorios, en los cuales se vierte información de alta calidad¹¹.

Como señala el Dr. José Neyra; podemos apreciar que los interrogatorios tienen por utilidad conseguir que el juez conozca y establezca cómo aconteció el caso, de acuerdo y en función, evidentemente, con la teoría del caso que se haya planteado el fiscal o el abogado de la defensa. Es importante considerar que todo interrogatorio debe realizarse en función de la teoría del caso que se haya establecido o definido para el caso concreto.

El interrogatorio directo¹² se desarrolla cuando el abogado presenta a su testigo con la finalidad de establecer o aportar prueba sobre alguna de sus alegaciones, formula sus preguntas con el objeto de generar convicción sobre los hechos al juez. Es importante

9 Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el Proceso Penal. Comité Técnico y Asesor. Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Libro del Discente. Quebecor World Bogotá SA. Bogotá. 2003. p. 59.

10 FONTANET MALDONADO, Julio E. Principios y Técnicas de la práctica Forense. 2da. Ed. Jurídica Editores. Puerto Rico. 2002. p 1.

11 NEYRA FLORES, José. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Idemsa. Lima. 2010. p. 825.

12 FONTANET MALDONADO, Julio E. Principios y Técnicas de la práctica Forense. Op. Cit. p. 2 y 3.

que el abogado que presenta al testigo siga los hechos relatados por el acusado (su cliente), no se conforme únicamente con presentar solo las evidencias, sino que, además, debe hacerlo de manera convincente, causando impresión al Juez con las declaraciones que el testigo vierta; siendo este el protagonista principal. Son tres objetivos fundamentales que se identifican en el interrogatorio directo: el establecer todos los elementos que se quiere probar con la teoría del caso, debe ser creíble y debe conseguir que el testigo sea escuchado por el Juez.

El interrogatorio directo lo realiza, entonces, quien trae al testigo al juicio (fiscal o defensa). El testigo no solo debe declarar, específicamente, sobre los hechos o circunstancias que serán utilizados para probar la conducta realizada por el imputado, sino que deberá, además, realizarlo a través de un relato ordenado, coherente y creíble, que permita al juzgador convencerse de la veracidad de la prueba mostrada sobre esta parte de la teoría del caso, lo que se conseguirá únicamente si se impacta en su mente y a la vez, esto se logrará solo si el juzgador escucha lo que declara el testigo durante el desarrollo del interrogatorio. Todo ello se alcanzará si presentamos, al inicio del interrogatorio, una descripción de quién es la persona que va a declarar, de forma tal que muestre al juzgador su grado de confiabilidad en lo que va a declarar, sobre su profesionalismo o su experiencia.

El interrogatorio directo se define, de esta manera, como el primer interrogatorio

que efectúa la parte que ofreció al testigo propio y es esta la mejor oportunidad que tiene el litigante para establecer su caso y probarlo, dándole al juzgador la versión del testigo¹³.

Para Fontanet existe una formalidad a tener en cuenta para el interrogatorio directo durante el desarrollo del juicio oral, a las cuales denomina mandamientos; los que deben seguir el fiscal y el abogado defensor si pretenden conseguir los objetivos que mostraron durante el planteamiento de su Teoría del Caso.

Existe una diversidad de objetivos que se deben trazar para el interrogatorio directo, tales como solventar la credibilidad del testigo, acreditar las proposiciones fácticas de la teoría del caso planteada, acreditar e introducir durante el juicio oral prueba material y obtener información relevante para el análisis de otra prueba¹⁴, entre otros. Cada uno de ellos se definirá conforme a cada caso concreto.

II.3 El Contra interrogatorio

El contra examen es aquel que lleva a cabo el abogado de la parte contraria inmediatamente después que el testigo fue objeto del interrogatorio directo, durante el cual se pone a prueba la información obtenida en el examen directo¹⁵.

El contra interrogatorio es, entonces, el medio a través del cual se debe tratar contradecir las afirmaciones vertidas durante el

13 NEYRA FLORES, José. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Idemsa. Lima. 2010. p. 826.

14 NEYRA FLORES, José. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Idemsa. Lima. 2010. p. 827 y 828.

15 NEYRA FLORES, José. Op. Cit. p. 875.

interrogatorio directo, de manera tal que el juzgador cuente con información fidedigna, contrastada y que le cause convicción.

Julio Fontanet señala como concepto de contrainterrogatorio:

“El contrainterrogatorio es el interrogatorio que hace la parte contra quien se ha ofrecido el testimonio del declarante. El contrainterrogatorio está limitado a aquellas áreas cubiertas en el interrogatorio directo y todas aquellas relacionadas a la credibilidad del declarante. Nuestras reglas señalan algunos mecanismos para la impugnación de testigos, pero su enumeración es abierta¹⁶.”

Así, el contrainterrogatorio se presenta como otra de las técnicas de litigación oral que utiliza el abogado de la parte contraria a quien presentó al testigo, esto es, si quien presenta al testigo es el fiscal; entonces quien realiza el contrainterrogatorio es el abogado de la defensa y viceversa. El contrainterrogatorio debe realizarse preguntando, sobre, todo acerca de la credibilidad del testigo; con la finalidad de destruirla y/o únicamente acerca de lo que ha declarado durante el interrogatorio directo.

Esta técnica de litigación oral, como establece Fontanet¹⁷, también tiene tres propósitos: aportar aspectos positivos a nuestro caso, destacar aspectos negativos del caso de la parte contraria e impugnar la credibilidad del testigo de la parte contraria.

Los aspectos positivos se encuentran orientados a obtener de la declaración del testigo elementos favorables para mi Teoría del Caso, los aspectos negativos vinculados a desestabilizar las alegaciones de la parte que realizó el interrogatorio directo y además debemos tratar de destruir la credibilidad del testigo, con la finalidad que lo declarado deje de causar certeza en el juzgador.

Es importante considerar que, el contrainterrogatorio no tiene por objeto la humillación total del testigo ni de su testimonio, tampoco es desmentirlo, porque en la mayoría de veces van a declarar conforme a la verdad, por ende habrán casos en los que no será necesario contrainterrogar. Al momento de terminar el contra examen, si el testimonio original del testigo queda intacto, significa que no se debió contrainterrogar¹⁸.

De esta manera, queda claro que no debemos contrainterrogar al testigo que presenta la otra parte en todos los casos, solo se debe contra examinar en aquellos supuestos en los que, conforme a los medios de prueba que conozcamos, tengamos absolutamente claro que podemos obtener información relevante a favor a nuestra teoría del caso de alguna manera y/o que permitan destruir la credibilidad del testigo.

Existen reglas que se debe seguir, si pretendemos realizar un adecuado contrainterrogatorio, conforme y en función a nuestra teoría del caso establecida en cada

16 FONTANET MALDONADO, Julio E. Principios y Técnicas de la práctica Forense. Op. Cit. p. 118.

17 FONTANET MALDONADO, Julio E. Principios y Técnicas de la práctica Forense. Op. Cit. p. 118.

18 NEYRA FLORES, José. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Idemsa. Lima. 2010. p. 875 y 876.

caso concreto, las cuales son denominadas *mandamientos* por el Dr. Julio Fontanet.

II.4 Las Objeciones

En los sistemas acusatorios contradictorios, el término objeción significa oponerse a algún elemento material de la prueba que se pretenda introducir al proceso por alguna de las partes litigantes o del Juez; también pueden ser objetables las actuaciones impropias de las partes y del juez en el proceso. Las objeciones se promueven como incidentes en nuestro actual proceso penal, es decir se resuelven de manera inmediata y en solo acto¹⁹.

Según Fontanet, el concepto de objeciones:

“...son el procedimiento utilizado para oponerse a la presentación de evidencia inadmisibile, como también para objetar un comportamiento indebido durante el juicio. Por otro lado, el objetar adecuadamente requiere mucho más que el conocimiento del Derecho de la Prueba. Al objetar, el Abogado(a) aparte de poder identificar que la pregunta -o contestación- es objetable, debe poder identificar el (los) fundamento(s) correctos(s), pero más importante aún, evaluar la deseabilidad de objetar. Debe reconocerse que no es fácil. Nos parece que la forma más idónea de “comenzar” el difícil camino de poder objetar adecuadamente, lo es la utilización de unos mandamientos

que el estudiante o el abogado(a) que comienzan en los procesos contenciosos, puedan implementar durante el juicio. Ello les facilitará el aprendizaje y desarrollo de las técnicas necesarias. Ciertamente, la experiencia sigue siendo fundamental para poder dominar esta destreza de litigación²⁰...”

Objetar en el desarrollo del juicio oral, es fundamental, pues ello permite al abogado de la defensa o, en su caso al fiscal, impedir que el Juez admita el ingreso de cierta clase de prueba que no es legal o que perjudique su teoría del caso. Julio Fontanet identifica esta técnica como de difícil aplicación, pues en los claustros universitarios no se enseña a objetar. Esta es una actividad que adquiere perfeccionamiento con la práctica, con la experiencia, en el día a día de los juicios que se desarrollen. Advierte también que, determinar la necesidad o viabilidad de plantear al juzgador una *objeción* es fundamental pues en algunos casos quizá no sea necesario plantear objeción alguna, aun cuando correspondiese plantearla formalmente y el Juez la debiese declarar fundada, estos serían supuestos en los que la declaración que realizaría el testigo, favoreciese a mi teoría del caso.

La lógica y el fundamento de las objeciones es evitar que la información obtenida por el juzgador sea fruto de errores, confusiones o pretensiones indebidas; de esta manera las objeciones buscan producir información de alta calidad para que el juez adopte una posición jurídica sobre la

19 NEYRA FLORES, José. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Idemsa. Lima. 2010. p. 927 y 928.

20 FONTANET MALDONADO, Julio E. Principios y Técnicas de la práctica Forense. Op. Cit. p. 69 y 70.

producción y valoración de prueba en juicio²¹.

Las objeciones entonces son un claro ejemplo del cumplimiento del principio del contradictorio durante el desarrollo del juicio oral que permite a las partes oponerse a la producción de prueba que no es válida porque induce a error, ya que es impertinente, porque es confusa o es ilegítima.

II.5 La Introducción de evidencia material en Juicio Oral

Pese a que el sistema acusatorio tiene como elemento fundamental la oralidad, cabe la posibilidad de presentar, a consideración del juez, evidencia tangible, con el fin de ayudarlo a entender mejor las controversias del caso que juzga. Como señala Fontanet²² vivimos en una generación de imágenes visuales, en el que las imágenes permiten al juzgador que entienda mejor cómo sucedieron los hechos, para que su percepción e impacto sobre los mismos sea mayor y lo requerirá muchas veces dependiendo del caso concreto; sin embargo, la prueba física jamás sustituirá a la prueba testifical en el sistema acusatorio garantista.

Antes de introducir evidencia material en juicio oral, es necesario considerar que, al igual que las demás técnicas de litigación oral, requiere de una preparación previa y siempre con la óptica de reforzar la teoría del caso planteada. La primera consideración sería la *pertinencia*, por lo que habrá que evaluar si la evidencia material con la

que se cuenta corresponde a la controversia que se discute y, si su valor probatorio supera otras consideraciones para ser admisible; la segunda consideración es la identificación de *testigos instrumentales*, los cuales permitirán establecer las bases necesarias para la admisibilidad de la prueba material en juicio oral; la tercera consideración son las bases probatorias (evidencias), por las cuales se debe conocer probables problemas que se produzcan al introducir la evidencia, por lo que es necesario, además, conocer cuáles son las bases evidenciarias²³.

De esta manera, para introducir evidencia material en juicio oral, es necesario analizar si esta prueba es o no pertinente y encontrarse preparado para sustentarla ante el juez para su admisión en juicio; paralelamente se debe evaluar si existen testigos que declaren corroborando la veracidad de la evidencia presentada; por ello, también, es determinante conocer la naturaleza y las bases de dicha evidencia. De no contar con la preparación previa y adecuada, podría ser fácilmente destruida por el abogado de la parte contraria.

Las pruebas materiales están conformadas por objetos y documentos. En general podría ser cualquier cosa con la que se haya perpetrado el hecho criminal; tiene dos características fundamentalmente: es producida sin intermediación -el Juez no está presente en el preciso momento en el que se realizó el hecho ilícito y por ende no pudo saber realmente si ese objeto realmente fue un instrumento del delito- y no está sujeta a

21 NEYRA FLORES, José. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Idemsa. Lima. 2010. p. 929.

22 FONTANET MALDONADO, Julio E. Op. Cit. p. 37 y 38.

23 FONTANET MALDONADO, Julio E. Op. Cit. p. 38 a 40.

contradictoriedad -porque los documentos no responden a un contra examen-²⁴.

La prueba material debe ser sustancial para apoyar, reafirmar y fortalecer la teoría del caso que se haya establecido; permitiendo, a la vez, demostrar las proposiciones fácticas que los testigos o peritos afirman; por ello, para introducir la prueba material en nuestra teoría del caso, es necesario realizarla a través de la declaración de nuestros testigos y peritos²⁵. La prueba material ingresada durante el desarrollo del juzgamiento debe, necesariamente ser acreditada. Esto se realiza a través de la declaración de algún testigo o perito que de fe sobre la autenticidad de dicha prueba presentada, la que será valorada por el juez²⁶. Sin la presencia de un testigo o perito que acredite la autenticidad o veracidad de la prueba introducida, no será procedente su introducción, porque no será fiable para el juzgador.

CONCLUSIONES

Las técnicas de litigación oral son de fundamental y necesario aprendizaje y entrenamiento junto al conocimiento de la teoría del delito y la carpeta fiscal, pues a través de estas técnicas se conseguirá hacer efectiva una real defensa para el imputado. Si se tratase del representante del Ministerio Público se conseguiría plantear con efectividad y contundencia sus alegatos para mostrarlo como responsable penalmente de los hechos imputados al Juez penal.

La teoría del caso es la técnica de litigación oral más importante, pues es a través de ella que se logra estructurar todo el posterior discurrir de la investigación preliminar y en juzgamiento.

El interrogatorio directo es el que plantea el sujeto procesal que requiere probar un hecho fáctico ante el Juez. Este interrogatorio debe favorecer su teoría del caso.

El contrainterrogatorio es el que plantea inmediatamente después del interrogatorio directo, el otro sujeto procesal, su finalidad es desacreditar la credibilidad del testigo y lo expresado y establecido durante su interrogatorio directo, de manera tal que la teoría del caso quede establecida y clara para el juzgador.

Las objeciones son las que se plantean cuando se pretende evitar que se introduzca una prueba ilícita o que desfavorezca la teoría del caso, debiendo fundamentar el motivo de la objeción ante el Juez.

La introducción de evidencia material en juicio, tiene una forma establecida para solicitar su incorporación; para hacerlo se requiere establecer las bases probatorias y necesita, al menos, un testigo instrumental que la conozca y que pueda introducirla.

La teoría del caso es el punto de vista que mostramos al Juez, con la finalidad de ofrecerle una visión simple y clara de los hechos que ocurrieron, favorables a su versión. Es por ello necesario definir una teoría del caso sólida, lógica, creíble y que sea

24 NEYRA FLORES, José. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Op. Cit. p. 904.

25 NEYRA FLORES, José. Op. Cit. p. 903.

26 NEYRA FLORES, José. Op. Cit. p. 905.

apreciada por el juez con buena recepción para que se mantenga muy interesado en el posterior desarrollo del juicio, durante el cual se probará lo expresado en esta teoría

del caso y con la que se conseguirá la inocencia o atenuación de sanción penal, conforme se haya establecido.

■ Biografía

Teniente Coronel EP Roosevelt BRAVO MAXDEO¹

DATOS BIOGRÁFICOS DEL GENERAL DE BRIGADA JOSÉ RAMÓN PIZARRO O'PHELAN

(Presidente del Consejo de Oficiales
Generales: 13-VI-1916 / 08 -VI-1917)

El General de Brigada José Ramón Pizarro O'phelan nació en Tacna el 13 de octubre de 1853. Fueron sus padres el Coronel Ramón Pizarro Velarde y doña Carmen O'phelan Fernández-Cornejo. Según dice uno de sus biógrafos, corría *“por sus venas a torrentes la sangre noble y valerosa de sus antepasados los hispanos del siglo XVI, como que es nada menos, que descendiente en línea recta del conquistador don Pedro Pizarro (Meneses) que fue paje del conquistador del Perú y fundador de Lima”*² En otra biografía se lee: *“y descendiente directo de Pedro Pizarro, el cronista de la conquista”*³.

Realizó sus estudios iniciales en el Colegio Alemán de su natal Tacna, para, posteriormente, pasar a Arequipa, donde fue alumno del Seminario de San Jerónimo, primero, y luego, del Colegio Nacional de la Independencia Americana.

Siguiendo su amor por las armas y el ejemplo de su padre, ingresó, en Lima, al Colegio Militar, de donde egresó como subteniente en 1875, empezando su carrera militar como profesor de infantería en la Escuela Militar de entonces, siendo después uno de los Oficiales fundadores del

-
- 1 Sub Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
 - 2 CÁCERES, Esteban. España en el Perú, Segunda Edición: 12 de octubre de 1923, Casa Editora “La Opinión Nacional”, Mantas, 152, Lima-Perú, p. 186-187.
 - 3 TAURO DEL PINO, Alberto. Enciclopedia Ilustrada del Perú, Tercera edición, 2001, PEISA, Promoción Editorial Inca S.A, Impreso en el Perú en los Talleres gráficos de Empresa Editora el Comercio S.A., p. 2088.

Batallón Cazadores del Cuzco, 5° de línea, y primer cuerpo que salió de la Escuela de Clases a formar parte del Ejército⁴.

Al declararse la guerra del Pacífico, el 5 de abril de 1879, nuestro biografiado tenía la clase de Teniente y marchó al sur con el Batallón Cazadores del Cuzco, integrando la Primera División de Línea. Concurrió a los bombardeos chilenos de Iquique el 20 de mayo y el 16 de julio de 1879; e, igualmente, estuvo en el combate de Pisagua el 2 de noviembre de 1879 y en las batallas de San Francisco (Dolores para los chilenos) y Tarapacá, los días 19 y 27 de noviembre de ese mismo año, respectivamente, en las que recibió heridas menores.

Estuvo en Arica durante el bombardeo de la escuadra chilena en 1880 y en la batalla de Tacna (Alto de la Alianza), el 25 de mayo de ese mismo año, donde fue herido gravemente, hecho prisionero y conducido a Chile, de donde regresó casi dos años después, el 30 de abril de 1882, siendo nombrado adjunto militar a la legación del Perú en Bolivia.

En 1884 fue ascendido a Sargento Mayor y pasó a servir bajo las órdenes del General Andrés A. Cáceres, como ayudante. Estuvo presente en los combates de Lima del 27 de agosto de 1884, del 29 y el 30 de noviembre de 1885, que se dieron en el contexto de la guerra civil protagonizada por los Generales Iglesias, quién detentaba el poder de Presidente de la República y Cáceres. El triunfo de éste último hizo que el Consejo de Ministros tomara el poder y llamara a elecciones posteriormente, llegando al poder, de manera constitucional, el “Brujo de los Andes”.

El General Cáceres le otorgó el ascenso a Teniente Coronel el 10 de noviembre de 1885 y lo nombró segundo jefe del Batallón “*Bolognesi*”. Fue nuevamente nombrado adjunto a la legación del Perú en Bolivia (1885-1887) y a su retorno, desempeñó los cargos políticos de subprefecto de Huánuco, Puno, Chucuito y prefecto de Huánuco.

Ascendido a Coronel, fue Juez Militar en Piura y Lima, Jefe de la Primera Sección del Estado Mayor General del Ejército, desde el 10 de junio de 1904, y Sub Jefe del mismo a partir del 15 de julio de 1908. Cuando ocupaba este último cargo, se produjo el intento de golpe de Estado de los demócratas (Pierolistas) contra el Presidente Augusto B. Leguía, el 29 de mayo de 1909, que nuestro personaje ayudó a sofocar.

Durante el conflicto de límites con Bolivia, pacíficamente resuelto después por el tratado Polo-Bustamante, asumió la comandancia de la División de Observación. Poco después de retornar a Lima, fue nombrado Comandante General de la I División de Observación, durante el conflicto

4 Ibídem.

de límites con el Ecuador, y desaparecidas las tensiones, se le designó Comandante General de la II División acantonada en Lambayeque.⁵

El 22 de junio de 1910, el General de Brigada Pedro E. Muñiz Sevilla, Ministro de Guerra y Marina durante el primer gobierno del Presidente Leguía, renunció al cargo “*por razones de salud*”, ocupando la cartera el Coronel José Ramón Pizarro⁶, permaneciendo en ella hasta el 24 de setiembre de 1912, fecha en la que concluyó el mandato del presidente Leguía⁷. Fue ascendido a General de Brigada mediante Resolución Legislativa N° 1310, de 14 de noviembre de 1910.

ACTUACIÓN DEL GENERAL PIZARRO EN EL CONSEJO DE OFICIALES GENERALES

En este punto, se harán citas textuales, in extenso, sobre su participación en las sesiones ordinarias del Consejo de Oficiales Generales, dado que es una parte de su vida que jamás ha sido contada y los autores hacen referencias erradas sobre el tiempo (1916) e incluso la situación militar (retiro) que tenía cuando se integró al Consejo de Oficiales Generales. Estos datos han sido tomados de los “Libros de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales”, números 5 y 6.

Se integró al Consejo de Oficiales Generales con el grado de General de Brigada, en la sesión del 15 de junio de 1912, cuando lo presidía el General de Brigada Justiniano Borgoño Castañeda y la integraban, además, los contralmirantes Manuel Melitón Carvajal, Toribio Raygada y Pedro Gárezon, el General de Brigada Juan Eléspuru, los coroneles José Pereira, Francisco Bazo y Basombrío y Foción Mariátegui, tiempo en el que actuaba como Auditor General el Dr. Alfredo Gastón.

En la sesión del 30 de setiembre de 1913, “*A propuesta del señor General Pizarro, el Consejo resolvió que tomaría un acuerdo en el que se estableciera que cuando se tratase del enjuiciamiento contra oficiales, sufrirían éstos la prisión preventiva en su cuartel, siempre que el delito mereciera arresto o reclusión, y no en las cárceles comunes como en la actualidad.*” Esta decisión se explica por la situación de la justicia militar en las primeras décadas del siglo pasado, en que tuvo que afrontar grandes desafíos para posicionarse en el contexto nacional. A falta de un local adecuado para su

5 TAURO DEL PINO, Alberto, Ob. Cit.

6 BASADRE GROHMANN, Jorge. Historia de la República del Perú (1822-1933), 1era edición 2005, Tomo 12, Empresa Editorial el Comercio S.A., p. 249.

7 Esta versión la sostiene Tauro del Pino (Ob. Cit.), pero está también aquella que dice que permaneció como Ministro hasta el 31 de agosto de 1911, tiempo en que tuvo que dejar el poder por haber sido interpelado en el Congreso.

funcionamiento, se sumaba, por ejemplo, la carencia de cárceles militares, de tal forma que el cumplimiento de las prisiones preventivas por el personal militar se hacía en cárceles comunes, sin la separación debida y en desmedro de la dignidad del soldado, que a fin de cuentas, cometía delitos de naturaleza especial.

Otra participación decidida del General Pizarro en el seno del Consejo de Oficiales Generales, se dará en el contexto del asesinato del General de Brigada Enrique Varela Vidaurre, Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Guerra y Marina, hecho ocurrido el 04 de febrero de 1914. Como se sabe, en 1912 llegó a la presidencia del Perú Guillermo Billinghurst, con el apoyo de los movimientos obreros. En su deseo de cumplir los ofrecimientos que les había hecho, se enfrentó a un grupo de congresistas opositores, e incluso planteó disolver el Congreso. Ese grupo de diputados, logró comprometer al Teniente Coronel José Urdanivia y luego al Coronel Oscar Raymundo Benavides Larrea en la defensa de su causa. El 03 de Febrero de 1914, Billinghurst destituyó a Benavides de su cargo como Jefe del Estado Mayor del Ejército y el día 04, dio un golpe de Estado. En este contexto, en la madrugada de dicho día, el General Varela fue asesinado en el Cuartel Santa Catalina, a donde había acudido en la creencia de que su presencia en dicho lugar evitaría el levantamiento de las tropas. Sin embargo, a las 3 de la mañana, mientras dormía, el Capitán Cavero y un grupo de clases y soldados, ingresaron en su alojamiento y le intimaron, dos veces, para que se rindiera, lo que el General no escuchó por estar dormido, además de sufrir de sordera. El Cabo Neyra le disparó y le causó una herida de necesidad mortal. El Capitán Cavero ordenó a uno de los que le acompañaban, que verificara si el General estaba muerto y, este sujeto, al notarlo aún vivo, golpeó al General con la culata del fusil, destrozándole la clavícula derecha y algunas costillas.

Sobre estos deplorables hechos, en la sesión del 19 de febrero de 1914, el General Pizarro dijo: *“que era voz pública que el señor General don Enrique Varela, Ministro de Guerra y Marina y Presidente del Consejo (de Ministros) en la pasada administración, había sido asesinado cuando se inició el movimiento del día cuatro de febrero, en el Fuerte de Santa Catalina, cuando se encontraba dormido en su lecho y sin que mediara circunstancia alguna que hubiera podido hacer necesaria, para los fines del movimiento, la eliminación de ese alto jefe. Que se llegaba hasta indicar los nombres de algunos oficiales como responsables de tan monstruoso delito, quienes, sin embargo, se paseaban por las calles de la capital; y aún se asegura que uno de ellos ha partido o debe partir para el extranjero. Que después de muerto el general Varela, se había robado todo lo que llevaba consigo hasta su ropa interior. Que el Consejo de Oficiales Generales no puede permanecer indiferente sin mengua de sus deberes y de su respetabilidad, ante estos hechos que, repito, son del dominio público, consternando a la República entera,*

*siendo su deber tomar la actitud que por la ley le corresponde, para salvar también el prestigio y honor del Ejército a quien afecta muy profundamente la versión pública que circula sobre la muerte del esclarecido General Varela. Que el siempre simpatizó con la evolución política que puso término al gobierno hoy derrocado, que a cada paso atentaba contra la Constitución y las leyes de la República, pero que ello no podía hacerlo consentir en el grave delito de que se ocupa, **por lo que pide que el Consejo de Oficiales Generales, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo trescientos ochenta y dos del Código de Justicia Militar, mande iniciar el correspondiente juicio contra los responsables, ordenando su inmediata detención** (resaltado agregado). Que de esta manera cumple con su deber y satisface una necesidad de su espíritu conturbado duramente, desde que llegó a su conocimiento la forma en que había sido victimado un general patriota y distinguido”.*

El Contralmirante Villavisencio manifestó al respecto: *“que no consideraba conveniente que el Consejo, sin que mediara una denuncia en forma y solo recogiendo un rumor público, procediera como lo insinúa el señor General Pizarro a mandar iniciar un juicio. Que el asunto revestía singular gravedad, según la relación que de él acaba de hacerse al Consejo y que, por lo mismo, era necesario que el Tribunal procediera con toda serenidad y no practicara acto alguno que pudiera interpretarse como un prejuicio.”* La posición del Contralmirante Villavisencio, con más o menos detalles, fue apoyada por el Fiscal y el Auditor, doctores Gastón y Carrera, por el Contralmirante Raygada y los Coroneles Pereira, Mariátegui y Cáceres. El Capitán de Navío Cobián opinó porque se pidiera informe al Jefe de la Zona, para proceder conforme a él. *“En votación se resolvió que el jefe de Zona mandara practicar diligencias previas, con sujeción al artículo trescientos setenta y ocho y siguientes del código de justicia militar”.*

En la sesión del siete de julio de 1914, se dio cuenta de un oficio del Ministro de Guerra y Marina (General de Brigada Pedro E. Muñoz Sevilla, que era también el Presidente del Consejo de Ministros), transcribiendo la resolución suprema por la que *“se comisiona al señor general don José R. Pizarro, para que se constituya en Iquitos y proceda a investigar los delitos perpetrados en el río Napo, con motivo del motín militar ocurrido en Iquitos el dos de marzo último...”*, nombrándose como vocal interino del Consejo, mientras duraba la comisión del General Pizarro, al Coronel Francisco Llosa. El General Pizarro manifestó que pensaría si aceptaba o no el nombramiento, pues su salud no era la mejor y que respondería en la siguiente sesión del Consejo. En efecto, en la siguiente sesión se dio cuenta de la comunicación del General Pizarro en el sentido de que renunciaba a la comisión que le encomendaba el supremo gobierno. Claramente, el gobierno de turno, deseaba alejar al General Pizarro del Consejo de

Oficiales Generales, donde pedía, constantemente, que se hiciera justicia por la muerte del General Varela.

En la sesión del 22 de febrero de 1916, el General Pizarro manifestó que había llegado a su conocimiento que *“se tenía el propósito de hacer fugar a algunos encausados y especialmente al capitán Alberto Caveró, comprendido en el juicio por el asesinato del señor general Varela y que, como el hecho revestía tal gravedad, lo ponía en conocimiento del Consejo a fin de que adoptara las medidas que creyera más eficaces”*.

En la sesión del 13 de junio de 1916, ya durante el gobierno de José Pardo y Barreda, el General Pizarro presidió el Consejo de Oficiales Generales, por primera vez, en lugar del Contralmirante Manuel A. Villavisencio, quién pasó a la situación militar de retiro. Asistieron al Consejo ese día, los coroneles Manuel F. Díez Canseco, M. Enrique Galdós, Arístides de Cárdenas, Carlos I. Abrill, Manuel Pío Alcalá, el Capitán de Navío Daniel S. Rivera, los doctores Alfredo Gastón y Juan Manuel Carrera, Fiscal y Auditor del Consejo, respectivamente. No asistió a la sesión, con aviso, por enfermedad, el Capitán de Navío Ernesto de Mora. En esa ocasión, el General Pizarro expresó: *“que al hacerse cargo de la Presidencia, honor que le correspondía por ministerio de la ley, cumplía con el deber de expresar el sentimiento que había producido en su ánimo la separación del seno del Tribunal del expresado señor Contralmirante Villavisencio, reconociendo, como lo habían podido apreciar también los demás miembros del Consejo, cuyos sentimientos creía interpretar, el acierto y celo con que había procedido el referido señor Contralmirante, durante el tiempo que desempeñó la presidencia del Tribunal”*. (El texto sigue lo dicho por el General Pizarro en tercera persona, pues, el que transcribe el texto es el Relator).

Casi un año después de haberse hecho cargo de la presidencia del Consejo el General Pizarro, en la sesión del 08 de junio de 1917, se dio lectura *“al decreto supremo por el que se dispone que el señor general don José R. Pizarro cese en la vocalía y presidencia del Consejo de Oficiales Generales y que el de igual clase don Carlos I. Abrill se incorpore y presida dicho Tribunal. Concluida la lectura del indicado decreto, el señor general Pizarro manifestó que considerando que el mencionado decreto lesiona en forma gravísima la independencia del Poder Judicial así como los derechos del Ejército y los suyos personales, como vocal de este superior Tribunal, pediría reconsideración en la forma arreglada a ley, lo que esperaba que hiciera el supremo gobierno en su alta y serena justificación y cuando tuviera conocimiento de los documentos y antecedentes respectivos; que con el fin de dejar en libertad al Consejo para que pudiera resolver lo conveniente, hacía dejación del puesto, despidiéndose afectuosamente de sus compañeros de labor”*. El coronel Alcalá pidió que se hiciera constar en acta, que en este caso debió procederse de igual forma como cuando el general Borgoño

pasó a la situación de retiro y el Contralmirante Villavisencio, vocal del Consejo, asumió la presidencia.

En la sesión del 03 de julio de 1917, se dio cuenta de un oficio del Ministro de Guerra, en el que transcribe la resolución suprema *“por la que se declara sin lugar la reconsideración solicitada por el señor general don José R. Pizarro, de la resolución del cuatro de junio último que dispuso que dicho señor general cesara en el cargo de vocal del Consejo de Oficiales Generales y Presidente del mismo, por haber pasado a la situación de disponibilidad”*.

El General de Brigada José Ramón Pizarro O’phelan fue Presidente del Consejo de Oficiales Generales del 13 de junio de 1916 al 08 de junio de 1917. Relevó en el puesto al Contralmirante Manuel Antonio Villavisencio Freyre y fue relevado, a su vez, por el General de Brigada Carlos Isaac Abrill Galindo.

EL QUEHACER DEL GENERAL PIZARRO DESPUÉS DE DEJAR LA MILICIA ACTIVA

Después de dejar la milicia activa, el General Pizarro se dedicó a la política, siendo senador de la república durante largos años. Un autor, Juan Pedro Paz Soldán, resumirá la actuación del General Pizarro en estos términos: “En política ha militado en el partido constitucional y últimamente en el leguismo. Es autor de una interesante conferencia sobre la batalla de Miraflores, publicada en un folleto. El presidente Billinghurst le tenía una alta estimación y le consultaba con frecuencia las cuestiones militares. Fue hostilizado por el gobierno del general Benavides. Es el tipo del militar caballeresco, valeroso, austero, cumplidor de sus deberes y leal a las causas a que se ha adherido. Nunca se alzó en armas contra ningún gobierno. Socialmente ocupa, una alta posición.”⁸

El presidente Leguía le confió nuevamente la Cartera de Guerra en agosto de 1919, cargo al que renunció por haber sido elegido senador por Tacna, su ciudad natal (1919-1930). Fue segundo vicepresidente del Senado entre 1924 y 1926 y miembro de la comisión encargada de preparar el plebiscito de Tacna y Arica, en 1925, siendo encargado “de la propaganda peruana en estas provincias”. Fue delegado del Perú, junto con los doctores Pedro José Rada y Gamio, Arturo Núñez Chávez, Ángel Gustavo Cornejo y el ilustrísimo Monseñor fray Mariano Holguín, para recibir, la heroica Tacna a la heredad nacional, el miércoles 28 de agosto de 1929, a las dos de la tarde, del delegado de Chile Gonzalo Robles, en cumplimiento

8 PAZ-SOLDÁN, Juan Pedro. Diccionario biográfico de peruanos contemporáneos, Librería Imprenta Gil-Lima, Calle de Lampa (Banco del Herrador) N° 569, 1917, versión digital de la Universidad de Connecticut.

del tratado firmado con Chile ese mismo año. Tras el golpe de Estado de Sánchez Cerro, en agosto de 1930, se retiró a la vida privada.

Debemos destacar, también, que en 1910 el General Pizarro escribió un estudio sobre la “Batalla de Miraflores”; y, durante los primeros años del siglo XX, colaboró con los medios de prensa de la época, escribiendo artículos sobre temas militares, con el seudónimo de “Coronel P.P.”

Estuvo casado con doña María Dolores Zevallos, con quién tuvo una hija de nombre Ana María Pizarro Zevallos, la que casó con Armando Camino Brent⁹, hermano del pintor del “grupo indigenista” Gustavo Enrique Camino Brent.

Murió el General Pizarro el primero de noviembre de 1937, a los 84 años. El Fuero Militar Policial del Perú le rinde homenaje, mostrando su retrato que se halla en la galería de sus Presidentes, en la carátula de su “Jurista” y, publicando esta biografía. El VIII Curso de primer nivel para Magistrados Militares Policiales, que se dictó en el primer semestre del año 2016, en el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, lleva, con justicia, su nombre.

9 <http://gw.geneanet.org/fracarbo>, consultado el 21/11/2016.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en diciembre del 2016 en

IMAGIDEAS.COM de Milagros Morales

RUC: 20524409471

Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre

Teléfono: (511) 2613558 / Cel. 987848007

E-mail: mmorales@imagideas.com.pe