



CAEJM

Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO VI - NÚMERO 9 / JULIO 2017



**Justicia que forja
disciplina**



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

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL

General de Brigada EP (R) Juan Pablo Ramos Espinoza

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

Contralmirante CJ Julio Enrique Pacheco Gaige

DIRECTOR ACADÉMICO DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Capitán de Navío CJ Carlos Melchor Schiaffino Cherre

Comité Editorial

Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Técnico Supervisor Segundo AP Luis Urbina Huapaya

Diseño de portada y fotografía

Tco1 EP Darío Castillo Román

Corrección de estilo

General PNP (R) Jorge López Zapata

Diagramación

Socorro Gamboa García

Colaboraron en esta edición

Doctor José Castro Eguavil

Doctora Mirella Oré Quispe

EC CAS Yasmina Santos Agapito

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

Edición julio 2017
Año 6 - Número 9
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 Fuego 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

ALCANCES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN LA JUSTICIA MILITAR DE URUGUAY	
<i>Marta Iturvide Contich</i> _____	17
LOS ROLES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PODER JUDICIAL EN LA ETAPA PREPARATORIA O DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL BOLIVIANO	
<i>Paola Andrea Arias Mendieta</i> _____	31
EL DERECHO Y LA NEUROCIENCIA	
<i>Celestino Causillas Aguilar</i> _____	39
LA RESPONSABILIDAD FUNCIONAL DEL FISCAL PENAL Y EL REQUERIMIENTO DE PRISION PREVENTIVA EN RELACIÓN A LA “SUFICIENCIA PROBATORIA”	
<i>Erickson Costa Carhuavilca</i> _____	45
LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL	
<i>Luis Patricio Ríos Muñoz</i> _____	51
EL CRIMEN DE GUERRA DE CAUSAR INCIDENTALMENTE DAÑOS GRAVES AL MEDIO AMBIENTE	
<i>Paulo César Delgado Neyra</i> _____	59

LAS NOTAS CARACTERISTICAS DEL DELITO DE FUNCIÓN <i>Roslem Cáceres López</i> _____	73
LA JUSTICIA CASTRENSE PERUANA BAJO LA LUPA DEL ÓRGANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN EN EL PERÚ <i>Arturo Antonio Giles Ferrer</i> _____	87
¿EN UNA INVESTIGACIÓN POR LAVADO DE ACTIVOS PUEDE ORDENARSE, COMO OBJETO DE LA PERICIA CONTABLE, LA DETERMINACIÓN DE “DESBALANCE PATRIMONIAL”? <i>Benji Gregory Espinoza Ramos</i> _____	125
LAS FUERZAS ARMADAS EN CHILE <i>Ramón Huidobro Salas</i> _____	135
MEDIOS ELECTRÓNICOS E INFORMÁTICOS Y SU IMPLEMENTACIÓN AL SISTEMA ACUSATORIO DE PANAMÁ <i>Henry Eyner Isaza</i> _____	145

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA CARLOS ISAAC ABRILL GALINDO <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	165
--	-----

HISTORIAS BREVES

“PINCELADAS SOBRE LA JUSTICIA MILITAR PERUANA HASTA 1906” <i>Hernán Ponce Monge</i> _____	175
LOS VECINOS DEL CORONEL FRANCISCO BOLOGNESI <i>Guillermo Sánchez Ortiz</i> _____	185

PRESENTACIÓN

El éxito de “El Jurista del Fuero Militar Policial”, que hoy llega a su número 9, es evidente. Llena un espacio académico importante para la jurisdicción militar policial y ayuda a nuestros magistrados en su trabajo de administrar justicia, pues en ella, juristas nacionales y extranjeros vuelcan sus conocimientos y experiencias sobre el proceso acusatorio y temas afines.

Debo agradecer, a nombre del Fuero Militar Policial, a los autores de los artículos que publicamos, por su empeño en colaborar con nosotros. En sus mentes y en sus plumas está puesta la continuidad de “El Jurista”.

Otro aspecto que debo valorar es el interés académico que se ha generado por la historia de la Justicia Militar, poco conocida no obstante su intrincamiento estrecho con nuestra historia nacional. Nuestra invitación a los amantes de la historia está abierta.

Finalmente, debo instar a los integrantes del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, a que sigan laborando con constancia por nuestro éxito y agradecer a ellos, en la persona del Almirante Pacheco, su Director, por su compromiso con el Fuero Militar Policial.

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

NOTA DEL EDITOR

En este número de “El Jurista” se incluyen artículos de autores extranjeros y nacionales, como ya viene siendo costumbre. Nuestro agradecimiento a todos ellos por hacer posible que esta publicación siga editándose puntualmente.

Hemos agregado un espacio: “Historias breves”, para dar cabida al aporte de personas interesadas, particularmente, en tratar temas históricos relativos a la “Justicia Militar”.

En la carátula de nuestra revista está el retrato del general de brigada Carlos Isaac Abrill Galindo, presidente del Consejo de Oficiales Generales en dos momentos: del 15 de junio al 23 de octubre de 1917 y del 05 de enero de 1920 al 31 de diciembre de 1924. Nuestro propósito, como ya lo tenemos dicho, es mostrar a nuestros lectores el acervo pictórico con que contamos y relieves la memoria de quienes, antes que nosotros, entregaron su mejor esfuerzo a favor de la justicia militar.

ROOSEVELT BRAVO MAXDEO
Editor

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

Cnel. (JM) Dra. Marta Iturvide Contich.¹

ALCANCES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN LA JUSTICIA MILITAR DE URUGUAY

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; I. PROCESO PENAL MILITAR Y PROCESO PENAL ORDINARIO; II. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO. ESTÁNDARES EXIGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL; III. IGUALDAD DE LAS PARTES EN LA PRUEBA Y EN LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL MILITAR; IV. MODIFICACIONES AÚN NO APROBADAS AL PROCESO PENAL MILITAR; V. PROPÓSITO DEL PROCESO PENAL MILITAR. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este artículo trata sobre las normas que regulan la Justicia Militar en la República Oriental del Uruguay. Fueron promulgadas 1943; no obstante, se actualizan constantemente, dado que *“(...) todos los institutos creados en el ámbito de la Justicia Penal Ordinaria que proporcionan beneficios u otorgan mayores garantías han sido integrados y aplicados por la Justicia Penal Militar (uruguaya)... Al proceso penal castrense se aplican todas las garantías previstas en la Constitución de la República como las requeridas o exigidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario.”*

1 Obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales el 13 de noviembre de 1985. Ingresó a la Justicia Militar el 1º de marzo de 1979. Ascendió por Concurso de Oposición y Méritos a la jerarquía de Mayor (JM) el 1º de febrero de 2004, al grado de Teniente Coronel (JM) el 1º de febrero de 2008 y a la jerarquía de Coronel (JM) el 1º de febrero de 2012. Es Consejera fundacional por Uruguay de la Asociación Internacional de Justicias Militares (AIJM) desde el 2 de diciembre de 2003, habiendo sido reelecta en los años 2008 y 2012. Desarrolla actividad profesional privada.

ABSTRACT

This paper discusses the rules governing the Military Justice in the Eastern Republic of Uruguay. Enacted in 1943, these are constantly updating, given that "(...) all the institutes created in the scope of the Ordinary Criminal Justice System that provide benefits or give greater guarantees have been integrated and applied by the Uruguayan Military Criminal Justice. All the guarantees laid down in the Constitution of the Republic, as required or ordered by the International Human Rights Law and Humanitarian Law, and apply in the military criminal proceeding."

INTRODUCCIÓN

El proceso penal militar uruguayo está regulado, primordialmente, por el Código de Procedimiento Penal Militar el cual, conjuntamente con el Código Penal Militar y el Código de Organización de los Tribunales Militares, entró en vigencia el año 1943.

En estos Códigos se concentra la materia específica y los principios que regulan la jurisdicción militar, en armonía con los principios generales del Derecho Penal nacional y con las normas penales o procesales del Derecho común.

El Código de Procedimiento Penal Militar no ha sufrido muchas variantes hasta

la fecha, por lo que el proceso penal militar se ha visto complementado en todas las cuestiones no previstas en él, por las disposiciones del Código del Proceso Penal (aplicable al proceso penal común) y por el Código General del Proceso (el cual regula los procesos que no son de carácter penal, tales como civiles, de familia, etc.)².

En aras de mantener un procedimiento penal actualizado, todos los institutos creados en el ámbito de la Justicia Penal Ordinaria que proporcionan beneficios u otorgan mayores garantías, sea para los enjuiciados, o ya sea para la legitimidad del proceso penal, han sido integrados y aplicados por la Justicia Penal Militar, sobre todo mediante Acordadas dictadas por el Supremo Tribunal Militar.

Al proceso penal castrense se aplican todas las garantías previstas en la Constitución de la República como las requeridas o exigidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario.

I. PROCESO PENAL MILITAR Y PROCESO PENAL ORDINARIO

En lineamientos generales el procedimiento penal militar no difiere esencialmente del común. Consta de las mismas etapas que el segundo: presumario, sumario y plenario, con algunas importantes excepciones, tales como:

2 Artículo 514 del C.P.P.M. - "Cuando ocurra una cuestión de derecho procesal penal militar que no pueda ser resuelta por las palabras ni por el espíritu de las disposiciones de la materia en el presente Código, se acudirá a las disposiciones que rijan en el mismo sobre cuestiones o puntos análogos.

Si todavía subsistiese la duda, se resolverá de acuerdo a las disposiciones análogas del ..." actualmente Código General del Proceso o Código del Proceso Penal, ya que los Códigos a que hacía referencia el artículo 514 en su redacción original fueron derogados.

1. En el proceso penal militar el presumario puede ser efectuado por el denominado “Juez Sumariante”³, quien integra la jurisdicción militar, con funciones similares a las que tendrían los Jueces con competencia de urgencia de la Justicia Ordinaria.

Su actuación no es preceptiva y se limita a la realización de las probanzas más urgentes y necesarias a efectos de que no se frustren las mismas hasta la llegada del Juez Militar de Instrucción, este último con asiento en la capital de la República y competencia nacional.

La actividad del Juez Sumariante se encuentra regulada por Decreto del Poder Ejecutivo N° 686/986 de 21 de octubre de 1986⁴.

2. En el proceso penal ordinario, un solo Juez Letrado de Primera Instancia actúa en todo el proceso de conocimiento.

En la Justicia Militar, al Juez Militar de Instrucción le compete la instrucción de todos los sumarios por delitos militares hasta que estén para acusación, así como proseguir y completar los presumarios que inicien los Jueces Sumariantes; esto es: las etapas de presumario y sumario, en tanto el Juez Militar de Primera Instancia, actúa en todos los procesos militares que les remiten los Jueces Militares de Instrucción y como Jueces de apelación en los incidentes incoados ante los primeros: plenario, así como en la etapa de ejecución.

3. El auto que decreta el procesamiento es inapelable en el ámbito militar mientras que el que lo deniega es apelable por el Ministerio Público ante el Superior respectivo⁵, a diferencia de lo que ocurre en la Justicia Penal Ordinaria en que es apelable.

3 Artículo 83 del C.O.T.M.- “Será Juez Sumariante en cada Unidad del Ejército, Armada, Fuerza Aérea o Policía cuando ésta se encuentre movilizada, el Oficial que haya designado el Jefe de la Unidad, Instituto o Repartición. Cuando se demore la intervención del Juez Militar de Instrucción actuará en su lugar el Oficial designado como Juez Sumariante.

Intervendrá por orden del Jefe de la Unidad quien con la orden acompañará los antecedentes del hecho poniendo al detenido a su disposición.

La intervención del Juez Sumariante se limitará a reunir los datos esenciales del delito a fin de que no se malogre la indagatoria y cesará cuando se presente el Juez de Instrucción a quien le entregará las actuaciones presumariales.

También habrá en cada Unidad, Repartición o Instituto un Juez Suplente del Sumariante nombrado por el Jefe para los casos de recusación, excusación, impedimento, licencia, etc.”.

4 Artículo 256 del C.P.P.M.- “Recibido por un Juez sumariante el parte del hecho delictuoso y la orden de su Jefe de levantar el sumario, procederá de inmediato a cumplir las más necesarias y urgentes diligencias para el esclarecimiento del delito cometido”.

5 Artículo 178 del C.P.P.M.- “El auto que decreta el procesamiento es inapelable; pero el que lo deniegue será apelable en relación por el Ministerio Público ante el Superior respectivo, cuya resolución causará ejecutoria”.

II. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO. ESTÁNDARES EXIGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

Todo delito militar da lugar a una acción penal para el castigo del delincuente, tal como lo prevé el Código de Procedimiento Penal Militar⁶.

En materia militar la acción penal es siempre pública y es ejercida por los Fiscales Militares⁷.

“Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas”, dispone el artículo 22 de la Constitución de la República.

El Ministerio Público, en este ámbito, es ejercido actualmente por dos Fiscales Militares a quienes les incumbe promover las acciones que nacen de los delitos militares que se cometen en el territorio de la República, cooperar al éxito de las

investigaciones, requerir las medidas procedentes para asegurar al delincuente; asistir a las audiencias, dictaminar en los casos en que el Supremo Tribunal Militar requiera su opinión y velar por la recta administración de la justicia, entre otras funciones⁸.

El requerimiento del acusador limita los poderes del juez.

El acusado, quien tiene derecho a designar defensor que lo patrocine en la causa que se le siga, se encuentra en una posición de igualdad con el acusador, lo cual se plasma en múltiples disposiciones de los Códigos Militares.

En principio, si el enjuiciado no quiere o no puede proporcionarse un defensor particular que lo represente, es asistido por un Defensor Militar Letrado de Oficio, quien responde a su patrocinado de la negligencia o abandono en la tramitación del juicio, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que puede imponer el Juez que entiende de la causa⁹.

6 Artículo 130 del C.P.P.M.

7 Artículo 131 del C.P.P.M.

8 Artículo 90 del C.O.T.M.- “Incumbe al Ministerio Público:

- A) Promover las acciones penales que nazcan de los delitos militares que se cometen en el territorio de la República.
- B) Cooperar al éxito de las investigaciones; formular las indicaciones que juzgue útiles y requerir las medidas procedentes para asegurar a la persona o personas delincuentes.
- C) Deducir las acciones que procedan en las causas de su incumbencia, presentar los escritos o exposiciones del caso y asistir a las audiencias que se decreten.
- D) Requerir de los Jueces el activo despacho de los procesos y el fiel cumplimiento de las leyes penales y de procedimiento formulando las quejas o deduciendo los recursos a que haya lugar.
- E) Dictaminar en todos aquellos casos en que el Supremo Tribunal Militar reclame su opinión.
- F) Velar por la recta administración de la justicia militar.
- G) Ejercer las funciones anexas que le confiere este Código o las leyes especiales del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”.

9 Artículos 85 y 88 del C.O.T.M.

En el ejercicio de su cargo los Defensores gozan de amplia libertad para la defensa de sus patrocinados¹⁰.

La **posición de igualdad en que se encuentra el acusado con el acusador** durante el desarrollo del procedimiento penal militar está regulada por la Constitución de la República, por disposiciones del Código de Procedimiento Penal Militar y por Acordadas dictadas por el Supremo Tribunal Militar, en concordancia con las exigencias y principios que reconocen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario, respetándose los estándares relativos al debido proceso legal. Entre ellos: el reconocimiento de las garantías judiciales de toda persona, la

presunción de inocencia y el derecho a la defensa.

El **principio de legalidad** está expresamente establecido en el Código Penal Militar y en el Código de Organización de los Tribunales Militares¹¹, en consonancia con lo que dispone la Constitución de la República¹².

Se prevé la **responsabilidad judicial** para los Ministros, Jueces y Fiscales Militares¹³.

Está **prohibido el juicio en rebeldía** y se establece que toda persona inculpada de un delito militar, sólo puede ser reducida a prisión cuando hubiere sido sorprendida infraganti delito o cuando medie orden del Juez competente¹⁴.

10 Artículo 265 del C.P.P.M.

11 Artículo 1º del C.P.M.- “Constituyen delito militar los actos que este Código, las leyes militares, los bandos militares en tiempo de guerra y los Reglamentos del Ejército, Marina (y Fuerza Aérea), sancionan con una pena”.

Artículo 67 del C.O.T.M.- “Los Tribunales Militares no podrán aplicar otras disposiciones que las de este Código, así como las cláusulas penales de las demás leyes militares vigentes y los Códigos y leyes penales en cuanto resultaren pertinentes”.

12 Artículo 18 de la Constitución de la República.- “Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios”.

13 Artículo 23 de la Constitución de la República.- “Todos los Jueces son responsables ante la ley, de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca”.

Artículo 70 del C.O.T.M.- “Todos los que intervengan en el ejercicio de la jurisdicción militar serán responsables por la violación o por la no aplicación de las leyes y disposiciones que rigen el caso, en las formas prescriptas por este Código”.

Artículo 120 del C.O.T.M.- “Los Jueces y Ministros de la Justicia Militar incurrir en responsabilidad en los casos...” que actualmente prevé la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales N° 15.750 de 24/6/1985, “... y en los casos señalados en los artículos 156 a 158 y 163 del Código Penal Ordinario, siempre que los delitos en ellos mencionados lo hayan sido en actos relativos a la administración de justicia militar”.

Artículo 123 del C.O.T.M.: Determina la disciplina judicial.

Artículos 124 y 125 del C.O.T.M.: Refieren respectivamente a la responsabilidad y a la disciplina del Ministerio Público.

14 Artículo 15 de la Constitución de la República.- “Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente.

Artículo 21 de la Constitución de la República.- “Queda igualmente vedado el juicio criminal en rebeldía. La ley proveerá lo conveniente a este respecto”.

“Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”, dispone el artículo 12 de la Constitución de la República y ninguna persona puede ser prevenida dos veces por el mismo delito. En los casos en que se dispone la incomunicación, ésta no puede durar más de dos días, aplicándose las disposiciones constitucionales y legales en el procedimiento penal militar que prevén que el Juez castrense debe tomar al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas y dentro de cuarenta y ocho horas, como máximo, comenzará el sumario; esto es, dispondrá su procesamiento.

La declaración del acusado debe ser tomada en presencia de su defensor, quien tiene el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales¹⁵.

La defensa tiene también derecho de asistir a todo militar indagado por la comisión de un presunto delito desde la primera declaración en Sede jurisdiccional penal militar.

Es importante destacar a este respecto que el artículo 1º de la Ley N° 17.773 de 20 de mayo de 2004, modificó el artículo 113 del Código del Proceso Penal, estableciendo:

“Artículo 113.- (Garantías a los indagados, reserva de la instrucción e igualdad procesal).- Cuando una persona es conducida o

citada a una sede judicial como indagada por la comisión de un presunto delito, antes de tomarle la primera declaración, se le intimará la designación de un defensor que lo patrocine y si no lo hiciere, se designará Defensor de Oficio.

Los indagados y sus defensores tendrán acceso al expediente durante todo el desarrollo del presumario, salvo resolución fundada del Juez basada en la posible frustración de las pruebas a diligenciar.

Asimismo, los defensores podrán proponer el diligenciamiento de pruebas e interrogar a testigos.

El presumario tendrá carácter reservado.

Cesa el carácter reservado:

- 1) Porque se dictó el auto de procesamiento;*
- 2) Porque se dispone el archivo de las actuaciones; y,*
- 3) Porque ha transcurrido un año desde el inicio de las actuaciones presumariales.*

Si transcurrido un año desde que se optara por continuar las actuaciones presumariales, únicamente tendrán carácter reservado las subsiguientes al cumplimiento del plazo.

Ninguna actuación podrá tener carácter reservado por más de un año.

Artículo 157 del C.P.P.M.- “Está prohibido el juicio criminal en rebeldía”.

Art. 179 del C.P.P.M.- “Toda persona inculpada de un delito militar será reducida a prisión en los siguientes casos:

1) Cuando hubiese sido sorprendida infraganti delito.

2) Cuando medie orden del Juez competente, entendiéndose por tal el Juez Militar de Instrucción”.

15 Artículo 16 de la Constitución de la República.- “En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas y dentro de cuarenta y ocho, a lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales”.

Bajo su más seria responsabilidad funcional, los Jueces velarán por la igualdad procesal entre fiscales y defensores en esta etapa del proceso”.

Por Acordada N° 49 de fecha 23 de junio de 2005, dictada por el Supremo Tribunal Militar, se dispuso que las garantías previstas por la norma transcrita precedentemente para los indagados en causa penal y los plazos y condiciones dentro de los que debía sustanciarse el presumario, fueran también aplicables en la órbita de la jurisdicción militar y en el presumario del procedimiento castrense.

Los fundamentos expresados en la citada Acordada —entre otros— consistieron en que tanto el ordenamiento penal ordinario como el militar, forman parte del Ordenamiento Jurídico Nacional, estructurándose y desarrollándose en forma similar bajo la égida de principios e instituciones comunes, no obstante sus diferencias sustanciales en cuanto a la finalidad y bienes jurídicos

tutelados por cada uno; que en mérito a lo previsto por el artículo 514 del Código de Procedimiento Penal Militar, es posible integrar un vacío de derecho procesal penal militar con disposiciones análogas del Código General del Proceso o del Código del Proceso Penal, agregándose la conveniencia de mantener en lo pertinente, una concordancia entre la normativa y el procedimiento que regulan la tramitación del presumario en el fuero civil como en el militar¹⁶.

Complementando lo dispuesto en la Acordada citada, el Supremo Tribunal Militar determinó por Acordada N° 51 de fecha 8 de setiembre de 2005, que el Defensor Militar Letrado de Oficio que por turno corresponda asistir a la primera declaración de un indagado en Sede Judicial y que sea designado en la audiencia como su patrocinante, sería quien continuaría actuando en el procedimiento y/o posterior proceso penal militar que eventualmente se le siguiera al indagado.

16 Acordada N° 49 de 23/06/2005 del S.T.M.- “Artículo 1°. En todos los trámites e instancias que se sustentan ante los Juzgados Militares de Instrucción, será de plena aplicación lo dispuesto por el art. 113 del Código del Proceso Penal, en la redacción dada por la Ley N° 17.773.

Artículo 2°. Si transcurrido un año de la iniciación de los trámites presumariales ante los Juzgados Militares de Instrucción, no se hubiere dictado el auto de procesamiento ni dispuesto el archivo de las actuaciones, el Sr. Juez Militar de Instrucción actuante deberá informar por escrito al Supremo Tribunal Militar, dentro de los diez días siguientes al vencimiento de dicho plazo, las causas y razones que determinaron el no cumplimiento del mismo.

Artículo 3°. De considerarse por el Supremo Tribunal Militar atendibles y justificadas las circunstancias por las que no se pudo finalizar la instancia presumarial dentro del plazo de un año, el informe precedentemente indicado deberá reiterarse cada seis meses.

Artículo 4°. Si al analizar alguno de los informes a que se refieren los artículos anteriores, el Supremo Tribunal Militar entendiera que no se encuentra justificada la o las demoras producidas, el Sr. Juez Militar de Instrucción quedará automáticamente impedido para seguir conociendo en los procedimientos y pasará el expediente al Sr. Juez subrogante.

Artículo 5°. La resolución a adoptar por el Supremo Tribunal Militar dentro de lo establecido en el artículo anterior, se anotará en la foja de servicios del Sr. Magistrado, sin perjuicio de la eventual aplicabilidad, si así correspondiere, de los procedimientos previstos en la Acordada N° 28 del 21 de noviembre de 1996.

Artículo 6°. Que se comunique ...”.

Dentro de las garantías que prevé nuestro Código de Procedimiento Penal Militar para el enjuiciado castrense, es posible citar que la prisión preventiva debe efectuarse de la manera que menos perjudique a la persona y reputación del inculpaado y que su libertad no debe restringirse sino en los límites indispensables para asegurar su persona y el éxito de las investigaciones¹⁷.

Todo prevenido puede procurarse a sus expensas las comodidades y ocupaciones compatibles con el objeto de su detención y con el régimen de la cárcel, siempre que no comprometan su seguridad¹⁸, pudiendo además permitírsele, cuando lo deseara y bajo las condiciones prescriptas en el Reglamento del lugar de reclusión, ser visitado por un Ministro de su religión, por un médico, por sus parientes o por personas con quienes esté en relación de intereses¹⁹.

Cuando el procesamiento se dispone con prisión por parte del Juez Militar de Instrucción, el procesado cumple la prisión preventiva en el establecimiento militar que determinan los mandos naturales del procesado, mientras mantiene el estado militar. Cuando se produce su desvinculación con las Fuerzas Armadas, la prisión preventiva es cumplida en establecimientos dependientes del Ministerio del Interior.

Limitándonos al procedimiento penal militar, otra modificación a su normativa

fue introducida por Acordada del Supremo Tribunal Militar N° 62 de fecha 2 de abril de 2009, la cual dispuso que en esta órbita jurisdiccional se aplicarán todas las normas y disposiciones en vigencia para la Justicia Penal Ordinaria, respecto a cálculo de los cómputos, liquidaciones o saldos de liquidaciones de pena, con las especificaciones y/o excepciones en la materia.

Una excepción propia de esta materia está constituida por aquellos casos en que el encausado es sancionado con arresto simple o riguroso por los mismos hechos por los que se le procesa. En estas situaciones, al momento de realizarse el cómputo, saldo o liquidación de pena, se computa al enjuiciado como prisión preventiva, el período en que estuvo sancionado, desde que tomó intervención cualquier órgano de la Justicia Militar.

Sin perjuicio de que en la legislación castrense se prevé que cada enjuiciado puede tener un solo defensor que lo patrocine, manteniendo concordancia con lo que ocurre en la Justicia Penal Ordinaria, el Supremo Tribunal Militar dispuso que cada encausado pueda tener hasta dos defensores que lo asistan.

Dentro de las garantías del debido proceso legal exigidas por el Derecho Internacional que nuestra legislación militar aplica en base a normas constitucionales y legales es dable destacar, también, la de **independencia de los Magistrados Militares**.

17 Artículo 189 del C.P.P.M.

18 Artículo 190 del C.P.P.M.

19 Artículo 191 del C.P.P.M.

Todos los órganos de la Justicia Militar: Jueces Militares, Fiscales Militares, Defensores Militares Letrados de Oficio, Ministros del Supremo Tribunal Militar y Miembros Militares de la Suprema Corte de Justicia, mantienen absoluta **independencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales**, sin perjuicio de la dependencia administrativa y presupuestal con el Ministerio de Defensa Nacional y de la dependencia directa de este de los Fiscales Militares.

En aras de fomentar esa independencia, es que sus titulares son militares en situación de Retiro, a efectos de evitar la dependencia funcional del militar en actividad con sus mandos naturales.

Es de destacar, además, que en nuestro país, por precepto constitucional **está prohibida la pena de muerte**²⁰ tanto en la órbita penal ordinaria como en la militar, en consonancia con los cánones exigidos por el Derecho Internacional.

Por relacionarse con el proceso penal militar, es de señalar además, que la ley penal militar aplica el principio de irretroactividad absoluta de las nuevas incriminaciones penales, así como de las penas nuevas más severas que las anteriores y rige la retroactividad absoluta para los casos de supresión de delitos existentes o abolición de delitos o de descriminalización, o cuando

se disminuye el guarismo de la pena. La privación de libertad durante el proceso es excepcional, aplicándose medidas sustitutivas o alternativas a la prisión, en los casos en que ellas proceden, siendo las más comunes las de presentación periódica ante el Juzgado o Seccional Policial, empleándose también el instituto de la suspensión condicional de la pena.

Por previsión constitucional y legal, cuando la persona es aprehendida puede solicitar su excarcelación bajo caución, siempre que se trate de delitos cuya naturaleza y circunstancias no merezca pena de penitenciaría²¹, de lo que se desprende el carácter cautelar de la prisión, constituyendo la prisión preventiva una circunstancia no común en el proceso penal militar.

III. IGUALDAD DE LAS PARTES EN LA PRUEBA Y EN LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL MILITAR

En el proceso penal militar, la prueba *“...la constituyen todos los antecedentes y justificativos que sirven para la averiguación de los delitos y de los delincuentes, o de la inculpabilidad de los procesados, cuando los antecedentes se producen en las condiciones, forma y tiempo prevenidos por la ley”*²².

Se admiten todos los medios probatorios del proceso penal común.

20 Artículo 26 de la Constitución de la República.- “A nadie se le aplicará la pena de muerte”.

21 Artículo 27 de la Constitución de la República.- “En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los Jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley”.

Artículo 193 del C.P.P.M.- “Toda persona aprehendida podrá solicitar su excarcelación bajo caución, tratándose de delitos que según su naturaleza y circunstancias no merezcan pena de penitenciaría”.

22 Artículo 315 del C.P.P.M.

La igualdad de las partes en el proceso se ve reflejada en las disposiciones legales que prevén las oportunidades de requerimiento de probanzas tanto como en el diligenciamiento de las mismas.

Culminados los procedimientos indagatorios el procesado y el Ministerio Público pueden pedir la ampliación del sumario ofreciendo las pruebas que crean necesarias²³.

En los escritos de contestación de la acusación fiscal, los defensores pueden solicitar la apertura de la causa a prueba, articulando los puntos sobre los que ésta deba recaer²⁴ y también puede hacerlo el Juez, de oficio²⁵.

Sin perjuicio de que incumbe a la parte acusadora la prueba de los hechos para justificar el delito y la culpabilidad del procesado²⁶, el Juez de Plenario, puede abrir la causa a prueba siempre que lo considere conveniente y aún cuando ninguna de las partes lo haya pedido, y puede disponer de oficio la práctica de todas las diligencias probatorias que estime pertinentes²⁷.

En el ordenamiento jurídico militar, al igual que en el común, existe la **disponibilidad de medios de impugnación de las providencias judiciales**, y su existencia efectiva ante un órgano superior, en concordancia con los derechos de acceso y protección de la justicia.

El Código de Procedimiento Penal Militar prevé los recursos de reposición y ordinario de revisión, apelación, de queja directa por denegación de apelación, de queja directa por retardo de justicia, de nulidad, y de casación y revisión ante la Suprema Corte de Justicia.

Es de señalar que el recurso de apelación²⁸ es el que se concede a las partes cuando creen haber recibido algún agravio por la sentencia de un Juez para reclamar de ella con el fin de obtener la revocación ante el Tribunal Superior que corresponda. En la jurisdicción penal militar, solo procede en contra de las sentencias definitivas y de las interlocutorias que concluyen con el asunto o traen gravamen irreparable.

El órgano competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias definitivas e interlocutorias que dictan los Juzgados Militares de Primera Instancia es el Supremo Tribunal Militar, el cual está integrado por cinco Ministros, siendo dos de ellos del Ejército, uno de la Fuerza Aérea y el otro de la Armada con la jerarquía de Oficial Superior o General y un Ministro Letrado civil.

Si bien el Supremo Tribunal Militar es el órgano máximo de la jurisdicción castrense por lo que ejerce la superintendencia directiva, correccional y consultiva sobre todas las funciones de la Justicia

23 Artículo 258 del C.P.P.M.

24 Artículo 267 del C.P.P.M.

25 Artículo 268 del C.P.P.M.

26 Artículo 317 del C.P.P.M.

27 Artículo 319 del C.P.P.M.

28 Artículo 479 y ss. del C.P.P.M.

Militar²⁹, las sentencias definitivas de segunda instancia que dicta son pasibles de los recursos de casación y revisión; recursos de cuyo conocimiento y resolución o calificación es competente la Suprema Corte de Justicia, órgano superior del Poder Judicial, integrada por dos Oficiales Superiores o Generales además de sus cinco Ministros naturales.

La Suprema Corte de Justicia es también competente para resolver las contiendas de jurisdicción que se producen entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Militar.

En definitiva, existe una dependencia jurisdiccional de la Justicia Militar con la Suprema Corte de Justicia y una existencia efectiva de recursos ante el mismo órgano superior que el Poder Judicial.

IV. MODIFICACIONES AÚN NO APROBADAS AL PROCESO PENAL MILITAR

La Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650, de fecha 19 de febrero de 2010, dispuso el traslado de funciones de la jurisdicción militar a la ordinaria pero no especificó su estructuración³⁰.

La Comisión encargada de implementar ese traslado, integrada con miembros de

la Suprema Corte de Justicia y del Ministerio de Defensa Nacional, dentro de los que participaron también de la Justicia Militar, entendió que debían actualizarse y/o modificarse los actuales Códigos Penal Militar, de Organización de los Tribunales Militares y del Proceso Penal Militar, proyectando dos Códigos Militares: Penal Militar uno y de Organización de los Tribunales Penales y del Proceso Penal Militar, el otro.

El proyecto de Ley confeccionado fue remitido al Poder Legislativo el 15 de marzo de 2011.

No se ahondará en el análisis de dicho proyecto por cuanto no se ha aprobado hasta la fecha. Sin embargo se estima de interés señalar que se establece que el proceso penal militar se registrará por las normas constitucionales y legales previstas para el proceso penal común³¹, por lo que, en principio, no habrían diferencias de procedimiento entre el penal común y el militar.

Algunas disimilitudes se darían, por ejemplo, en que se prevé que en casos de urgencia y cuando las circunstancias lo aconsejen, el Juez podrá disponer que el Jefe de la Unidad designe un Oficial Instructor a efectos de que éste adopte las primeras y más urgentes diligencias. Dicho Oficial Instructor dependerá en su actuación como tal del Juez

29 Artículo 76 del C.O.T.M.

30 Artículo 27 de la L.M.D.N.- "El Poder Judicial ejerce la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar a que refiere el **artículo 253 de la Constitución de la República**.

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

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

31 Artículo 5 del C.O.T.P y del P.P.M. proyectado: "El proceso penal militar se registrará por las normas constitucionales y legales previstas para el proceso penal común".

y una vez cumplidas las medidas dispuestas por éste, remitirá lo actuado a conocimiento de aquél, cesando toda su intervención³².

Este Oficial Instructor vendría a sustituir al actual Juez Sumariante, aunque no con idénticas funciones y a diferencia del primero, el Juez Sumariante integra la jurisdicción militar.

En cuanto a los imputados y condenados por delitos militares, se determina que cumplirán la reclusión correspondiente en el establecimiento militar donde presten servicios y que los procesados que estuvieren cumpliendo medidas privativas de libertad o los condenados en su caso, no serán dados de baja mientras se encuentren reclusos³³.

Otra especialidad del proceso penal militar contenida en el proyecto de Código es que prevé que los autos de procesamiento y las sentencias definitivas, sean puestos en conocimiento del Ministerio de Defensa Nacional, aún cuando el condenado

haya sido dado de baja de las Fuerzas Armadas³⁴.

Se determina además que el Registro Nacional de Antecedentes Judiciales del Instituto Técnico Forense será quien llevará el registro de las anotaciones que correspondan por delitos militares, transfiriéndose a su órbita el actual Archivo de Antecedentes del Supremo Tribunal Militar³⁵.

V. PROPÓSITO DEL PROCESO PENAL MILITAR

El proceso penal militar uruguayo reúne las características del debido proceso legal. Como escuetamente se pretendió examinar, está regido por normas constitucionales y legales, aplicando las máximas garantías al justiciable, acorde con las exigencias del Derecho Internacional.

Si bien puede considerarse que su objetivo es comprobar si existió una transgresión al ordenamiento jurídico militar, su

32 Artículo 8 del C.O.T.P. y del P.P.M. proyectado.- “(De la competencia de urgencia). Ante la presunta comisión de un delito militar, el Jefe de la Unidad, Instituto o Repartición Militar dará cuenta de inmediato al Juez competente, quien deberá adoptar las medidas pertinentes para la averiguación de los hechos.

33 Artículo 11 del C.O.T.P. y del P.P.M. proyectado.- “Los imputados y condenados por delitos militares cumplirán la reclusión correspondiente en el establecimiento militar donde presten servicios, siempre que éste reúna la infraestructura y controles necesarios. En caso contrario, la reclusión se cumplirá en otra unidad militar que observe tales exigencias”.

Artículo 12 del C.O.T.P. y del P.P.M. proyectado.- “(Situación administrativa del imputado). Los procesados que estuvieren cumpliendo medidas privativas de libertad o los condenados en su caso, no serán dados de baja mientras se encuentren reclusos. Se exceptúan de este régimen los condenados a pena de penitenciaría o a la pérdida del estado militar”.

34 Artículo 14 del C.O.T.P. y del P.P.M. proyectado.- “A los efectos pertinentes, los autos de procesamiento y las sentencias definitivas serán puestas en conocimiento del Ministerio de Defensa Nacional, aún cuando el condenado haya sido dado de baja de las Fuerzas Armadas”.

35 Artículo 17 del C.O.T.P. y del P.P.M. proyectado.- “El Registro Nacional de Antecedentes Judiciales del Instituto Técnico Forense llevará el registro de antecedentes que por delitos militares correspondan, transfiriéndose a su órbita el Archivo de Antecedentes del Supremo Tribunal Militar”.

autor y la eventual imposición de una pena, su objetivo es propender al mantenimiento del orden y la disciplina de las Fuerzas Armadas, reprimiendo a quien infringe los primordiales valores que las sostienen.

Esos valores e intereses de la Institución Armada, deben estar regulados y protegidos por normas penales y procesales específicas en mérito de la naturaleza de los principios que la sustentan, tales como la Disciplina, el Orden, la Obediencia, la Respetuosidad y la Regularidad del Servicio, entre otros, de los hechos que deben ser juzgados y de las especiales características de aquellos a quienes la profesión militar les impone deberes, responsabilidades y limitaciones diferentes al resto de los ciudadanos de una Nación.

En la exposición de motivos que acompañó la elevación del Proyecto de Códigos, por parte de la Comisión designada a tal efecto, al Ministerio de Defensa Nacional en el mes de noviembre de 1936³⁶, se expresó: *“El orden, la disciplina y la eficacia de las fuerzas armadas, es imposible obtenerse cumplidamente en los tiempos modernos, sin un conjunto de disposiciones orgánicas que ajusten, sincronicen y concierten, las relaciones derivadas de la vida militar. El soldado tiene deberes propios, que por muy grande que sea su relación con los deberes de los demás hombres y las limitaciones impuestas a*

la actividad general, no pueden sustraerse a los dictados de una ordenación singular que contemple a la vez la razón de su existencia, su desenvolvimiento regular y su finalidad específica”.

A pesar del tiempo transcurrido, el concepto transcrito mantiene su vigencia.

La Jurisdicción Penal Militar coadyuva a mantener el espíritu de cuerpo de las Fuerzas Armadas, siendo necesaria para sostener la convicción de que aquél que sirve a la Patria es servido por ella.

Así como en la sociedad civil quien quebranta una norma penal destruye el equilibrio armónico existente, provocando un desorden y un daño al resto de sus integrantes y al bienestar de toda la comunidad, cuando se vulnera la ley penal militar peligra la primordial misión de las Fuerzas Armadas, esto es la defensa de la soberanía, la independencia e integridad territorial, la salvaguarda de los recursos estratégicos del país y la contribución a la preservación de la paz de la República³⁷.

Para proteger esos tan imponderables bienes, para mantener los valores de las Fuerzas Armadas y reencausar a quienes los quebrantan, existe y son necesarios la Justicia Penal Militar, el Derecho Penal Militar, el Derecho Procesal Penal Militar y el Proceso Penal Militar.

36 Dr. José Irureta Goyena (Presidente), Dr. Alejandro Lagarmilla, General de División, Arturo Olave, General de Brigada, Domingo Mendivil, Capitán de Fragata, Dr. Carlos Carbajal, Capitán Arturo J. Balañas y Capitán Ventura P. Scioscia (Secretarios).

37 Artículo 18, L.M.D.N N° 18.650 de 19/02/2010.- “Las Fuerzas Armadas están integradas por la Armada Nacional, el Ejército Nacional y la Fuerza Aérea Uruguaya. Se constituyen como la rama organizada, equipada, instruida y entrenada para ejecutar los actos militares que imponga la Defensa Nacional. Su cometido fundamental es la defensa de la soberanía, la independencia e integridad territorial, la salvaguarda de los recursos estratégicos del país que determine el Poder Ejecutivo y contribuir a preservar la paz de la República en el marco de la Constitución y las leyes”.

Porque para lograr la meta de hacer justicia es preciso conocer y considerar las especiales circunstancias que rodean los hechos transgresores de la ley castrense y las particulares condiciones en que ocurren los actos de inconducta, sin dejar de

contemplar las exclusivas características de la tan honrosa, digna y estoica profesión militar ni perder de vista el fin último de la Institución Armada, cual es: el cumplimiento de la Misión.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY.

LEY MARCO DE DEFENSA NACIONAL N° 18.650 de 19 de febrero de 2010.

CÓDIGO PENAL MILITAR.

CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES MILITARES.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR.

CÓDIGO DEL PROCESO PENAL.

ACORDADAS DEL SUPREMO TRIBUNAL MILITAR N° 49 de 23/06/2005 y N° 51 de 8/09/2005.

PROYECTO DE LEY DE CÓDIGO PENAL MILITAR Y DE CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES PENALES Y DEL PROCESO PENAL MILITAR.

Paola Andrea Arias Mendieta¹

LOS ROLES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PODER JUDICIAL EN LA ETAPA PREPARATORIA O DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL BOLIVIANO

SUMILLA: INTRODUCCIÓN; I. EL JUEZ COMO CONTRALOR DE LA INVESTIGACIÓN; II. EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En este artículo, la autora trata sobre las actuaciones del juez y del fiscal dentro de la investigación del Proceso Penal Boliviano. Destaca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional y el respeto a los derechos y garantías constitucionales.

ABSTRACT

In this article, the author discusses the judge and the district attorney's performances inside the investigation of the Bolivian Penal Proceeding. She emphasizes the jurisprudence of the Multinational Constitutional Court and the respect to the rights and constitutional rights.

1 Abogada de la Universidad Mayor de San Andrés. Maestría de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés. Directora del Consorcio Legal del MAAT Consultores Jurídicos en la Paz - Bolivia. Expositora en los Congresos Internacionales de Derecho Procesal y de Derechos Humanos realizados en Perú, Costa Rica y Panamá.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo trata sobre las actuaciones del juez y del fiscal dentro de la investigación del Proceso Penal Boliviano, destacando el respeto a los derechos y garantías constitucionales, siendo el eje, por sobre la finalidad de descubrir el delito y la imposición de una sanción penal, que se respeten los derechos del imputado en el marco de un imputación penal, ya que, por encima de todo, es un ser humano que continúa inocente hasta que se demuestre lo contrario, con lo cual, a través del presente texto, demostraremos con la aplicación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, cómo la justicia constitucional se ha aunado a la causa de determinar las funciones y actuaciones de estas autoridades, en el desarrollo de las etapas de investigación preliminar y preparatoria, por lo que esperamos que los lectores puedan quedar satisfechos en sus expectativas académicas y de reflexión del proceso penal en Bolivia.

I. EL JUEZ COMO CONTRALOR DE LA INVESTIGACIÓN

Es muy importante conocer la responsabilidad del juez cautelar como contralor de la investigación, señalando que dichas atribuciones se encuentran descritas en el Art 54 número 1 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) que dispone: 1) el control de la investigación conforme a las facultades y deberes previstos en este código.

Así también, supedita a la Fiscalía y a la Policía Nacional, al control jurisdiccional del Juez. Asimismo, establece el límite de la actuación fiscal, la cual establece que no se pueden realizar actos jurisdiccionales de

investigación que comprometan la imparcialidad del juez como lo señala el Art. 279 del CPP, por tanto, se habilita al juez a fin de realizar este control como al Ministerio Público a fin de evitar vulneraciones a derechos y garantías.

Los arts. 54 en su inciso 1 y 279 del CPP, establecen que el Juez cautelar es la autoridad encargada de realizar el control jurisdiccional de los actos de investigación, así como, de los investigadores y establece un plazo en los Arts. 288 y 289, los cuales, establecen que el Fiscal debe dar aviso del inicio de investigaciones, dentro del plazo de 24 horas de iniciada la misma, siendo el plazo que se establece a fin de precautelar la etapa de la investigación para posterior cómputo de plazos procesales.

Asimismo, el denunciado podrá ejercitar la garantía establecida en el Art. 5 del CPP, pudiendo acudir en denuncia al juez instructor, a fin de que él mismo, pueda disponer de la nulidad de aquellos actos plagados de defectos absolutos, y por tanto, no convalidables, a fin de conseguir el cese de actos de persecución que se consideren indebidos, restitución de derechos y respeto, a los mismos, con los actos denunciados.

A este efecto, el Código de Procedimiento Penal le da al juez el carácter de contralor de los derechos y garantías constitucionales y le reconoce esta atribución en los Art. 54 inc. 1 y 279 del CPP.

Artículo 54º.- (Jueces de Instrucción).

Los jueces de instrucción son competentes para:

1. El control de la investigación, conforme a las facultades y deberes previstos en este Código.

Artículo 279º.- (Control Jurisdiccional).

La Fiscalía y la Policía Nacional actuarán siempre bajo control jurisdiccional.

Los fiscales no podrán realizar actos jurisdiccionales ni los jueces actos de investigación que comprometan su imparcialidad.

El papel del Juez de instrucción es cautelar como contralor: S.C.P. 0007/2015, Sucre, 5 de enero de 2015: (...) Conforme establecen los Arts. 54.1 y 279 del CPP, el Juez instructor es la autoridad jurisdiccional bajo quien se encuentra el control del desenvolvimiento de los actos de la investigación que realizan tanto los fiscales como los funcionarios policiales, desde el primer acto del proceso hasta la conclusión de la etapa preparatoria, determinando que toda persona que considere la existencia, debe acudir ante la mencionada autoridad jurisdiccional, para que sin demora se pronuncie y corrija los errores o, en su caso, los subsane.

Al respecto, la SCP 0185/2012 de 18 de mayo, expresó, lo siguiente: “(...) con relación específicamente a la presunta lesión del derecho a la libertad personal por causa de una indebida privación de libertad y formas establecidas por ley y que sin embargo, tal hecho se hubiera dado a conocer al juez cautelar del inicio de la investigación y en su caso de la imputación resulta indispensable recordar que el Art. 54.1 de CPP, establece que entre las competencias del Juez de Instrucción en lo Penal, está el ejercer el control jurisdiccional de la investigación, lo que significa, que es la autoridad encargada de resguardar que la etapa de investigación se realice conforme a procedimiento y en estricta observación de respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las partes del proceso – imputado,

querellante y víctima. En ese contexto, **corresponde al juez ejercer el control jurisdiccional de la investigación, y por lo mismo, que esta se desarrolle de manera correcta e imparcial y no en forma violatoria de derechos fundamentales o garantías constitucionales;** es decir, desde otra perspectiva, cualquier acto ilegal y/o arbitrario durante la investigación en que incurriere el Ministerio Público como titular de la acción penal o la Policía Boliviana como coadyuvante, deberá ser denunciado ante el Juez de Instrucción en lo Penal, que tenga a su cargo el control de jurisdiccionalidad de la investigación”

II. EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público nace a partir de una necesidad del Estado de proveer a la población de un representante, un interlocutor válido a fin de desarrollar el proceso, de conformidad a lo establecido por la normativa, por tanto, se garantiza el ejercicio del IUS PUNIENDI del Estado, a través del Ministerio Público, quien ejerce la tarea de promover la acción penal, de defensa de la legalidad y de los intereses de la sociedad.

La regulación, las atribuciones y el funcionamiento del Ministerio Público están contenidos en la LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO de 11 de julio de 2012.

Es importante señalar que la Resolución de imputación formal es aquella que emite el Ministerio Público en caso de que el mismo, estime que existen suficientes indicios sobre la existencia del hecho y la participación del imputado en los hechos denunciados, siendo una facultad exclusiva y privativa del Fiscal asignado al caso, sin

embargo es muy importante que dicha resolución cuente con una fundamentación detallada acerca de los hechos que se imputa, así como los elementos de convicción que han motivado la misma, obligación contenida en el Art. 73 del Código de Procedimiento Penal, ya que si bien es cierto, que la misma, es de carácter provisional no es menos cierto que una deficiente fundamentación afecta directamente al derecho a la defensa del imputado.

Según la doctrina, imputación formal es una resolución emitida por el Fiscal de la materia sobre la base de indicios racionales y que marca el inicio de la etapa preparatoria del juicio, tal cual, lo ha establecido la Sentencia Constitucional del Tribunal Constitucional Plurinacional (en adelante SC) N°. 1036/2002-R, de 29 de agosto. A tiempo de señalar que la imputación formal es condición esencial para la actuación del *ius puniendi* del Estado, el Tribunal Constitucional sostiene que no puede hablarse de actividad jurisdiccional si es que previamente no existe una imputación, la que tiene como efecto el ser un presupuesto DEL DERECHO DE DEFENSA, marcando el límite de la investigación que se realiza en la etapa preparatoria sobre cuya base se desarrollará el proceso penal y que, imprescindiblemente, debe ser de conocimiento del imputado para que ejerza todos los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, las Convenciones y tratados, desde el primer acto del proceso hasta su finalización.

El mismo Tribunal ha aclarado que “la imputación formal ya no es la simple atribución de un hecho punible a una persona, sino QUE LA MISMA DEBE SUSTENTARSE EN LA EXISTENCIA DE INDICIOS suficientes sobre la existencia del hecho y la participación del imputado

en el mismo, en alguno de los grados de participación criminal establecidos por la ley penal sustantiva; o lo que es lo mismo, Debe apreciarse indicios racionales sobre su participación en el hecho que se le imputa”.

El Código de Procedimiento Penal establece en su artículo 302, que el fiscal, luego de recibir las investigaciones preliminares y constatando la existencia del hecho y la participación del imputado puede, mediante resolución fundamentada emitir imputación formal, la cual, ineludiblemente deberá contener: 1) los datos de identificación del imputado y de la víctima; 2) nombre y domicilio procesal; 3) descripción del hecho o hechos que se imputan y su calificación provisional ; y, finalmente, 4) solicitud de medidas cautelares.

De lo expuesto, se concluye que el fiscal, al momento de emitir requerimiento de imputación, está determinado por una estimación subjetiva, fruto de una apreciación racional que debería hacer de los resultados de la investigación preliminar.

En caso de que se determine imputar formalmente, ella debe fundamentarse con creces a la imputación genérica, en cuanto a la certeza de la existencia del hecho y la participación del imputado, ante lo cual el fiscal deberá examinar los elementos de convicción y adecuar los hechos a los tipos penales, señalando claramente cada uno de ellos en la fundamentación. Tal cual, lo ha establecido el Tribunal Constitucional, las facultades del Ministerio Público, de ninguna manera son discrecionales o arbitrarias, por lo que el control de la investigación y la fundamentación como requisito indispensable de la imputación formal, corresponde en principio al juez cautelar, tal cual lo han establecido de manera clara las sentencias constitucionales

Nº. 1872/2004-R y 760/2003-R, las cuales son transcritas en sus partes pertinentes: (Nº. 1872/2004-R).

Con respecto a la adecuación típica de los delitos que se le atribuyen, dicha norma contiene el tipo penal y las previsiones que deben ser cuidadosamente analizadas por los fiscales para determinar la calificación de la conducta del imputado y establecer si ella se adecúa o no a la prohibición, puesto que sobre esa base se llevará a cabo la investigación durante la etapa preparatoria, la acumulación de pruebas y la defensa del imputado. Por ello, es necesario que el Ministerio Público impute individualizando concretamente los hechos y señale claramente de qué modo se encuadran dentro del tipo penal.

Así como lo ha entendido la Jurisprudencia Constitucional en la SC 1691/2004-R que señala: “Si bien es cierto que este Tribunal ha sentado la línea jurisprudencial según la cual, este órgano jurisdiccional **no entra a analizar problemas vinculados a la calificación de la supuesta conducta delictiva (tipicidad), ello no significa que cuando se presenta una lesión grosera al principio de legalidad y dentro de ello al principio de certeza que el tipo penal representa, no deba ejercer tal control destinado a restablecer la eficacia material de los derechos y garantías de las personas**, que es uno de los cometidos primordiales que la Constitución y la Ley del Tribunal Constitucional le encomienda; dado que tal omisión, de un lado significaría consolidar un atentado intolerable contra uno de los pilares básicos en los que se asienta el Estado de Derecho diseñado por la Ley Fundamental del país, vulnerando con ello a su vez el derecho a la seguridad jurídica, al que es acreedora toda persona. El entendimiento precedente es aplicable

al presente caso, dado que, si bien el Fiscal tiene la facultad de hacer la calificación provisional del hecho sometido a investigación, tal facultad no es discrecional o arbitraria; por el contrario, está vinculada al ordenamiento jurídico penal vigente. De esto emerge el deber jurídico del fiscal, juez o tribunal, que ante un hecho concreto sometido a investigación o acusación, sólo es subsumible la acción concreta o real en un tipo descrito por la ley penal, cuando existe coincidencia plena entre una y otra”.

Una actuación discrecional o arbitraria vulnera el principio de certeza en que se asienta el sistema penal boliviano por mandato constitucional. Como lo establece el Precedente obligatorio: SC Nº: 1369/2001-R, de 19 de diciembre: “el derecho al debido proceso, que entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma. (...) consecuentemente, cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino, también, en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera, de manera flagrante, el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución”.

Este precedente ha sido desarrollado más extensamente entre otras, en las sentencias constitucionales Nº: 1141/2003-R, de 12 de agosto y SC1365/2005-R, de 31 de octubre.

De igual manera, la SC. Nº: 760/2003-R, establece con nitidez: “III.2 Sobre las exigencias de fundamentación de la

imputación formal.- Por su relevancia jurídica, corresponde hacer algunas precisiones conceptuales vinculadas al instituto procesal en análisis, esto es, la imputación formal: III.2.1 Imputar es: “atribuir a otro una culpa, acción o delito” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), expresión que guarda similitud con el contenido normativo establecido por el art. 5 del Código acotado, cuando expresa que **“Se considera imputado a toda persona a quien se atribuya la comisión de un delito ante los órganos encargados de la persecución penal”**. Conforme a esto, desde que se comunica la admisión de una querrella, denuncia o información fehaciente de la comisión de un delito (art. 289 CPP), la persona a quien se atribuye tal conducta adquiere el status de imputado.

Ante esta imputación genérica, el Fiscal, conforme al art. 304 CPP, tiene la facultad de rechazar la denuncia, querrella o de las actuaciones policiales. Esto supone que el Fiscal tiene el deber jurídico de hacer una ponderación provisional sobre la atribución del hecho punible a una persona determinada, y si la encuentra sustentable, debe instruir su investigación bajo su dirección funcional, haciendo conocer tal determinación tanto al juez cautelar como al imputado, salvo los casos de reserva previstos por ley. Desde este momento, el imputado adquiere la condición de parte, y consiguientemente, ejercita el derecho a la defensa, en los términos establecidos por el art. 16 de la Constitución Política del Estado (en adelante CPE), arts. 8 y 9 CPP.

El plazo para formalizar la imputación formal es una atribución específica del Fiscal, sin embargo, en ningún caso, éste puede dejar de pronunciarse sobre la imputación formal, más allá del término de seis meses,

es decir, en el mismo plazo para presentar la acusación formal, pudiendo considerar que si no se han realizado todas las investigaciones, solicitar un plazo para realizar la complementación de diligencias de investigación. Al término de dicho plazo, deberá presentar la misma en caso de existir suficientes elementos.

El contenido de la imputación se encuentra contenido en el Art. 302 del CPP.

Artículo 302º.- (Imputación formal)

Si el fiscal estima que existen suficientes indicios sobre la existencia del hecho y la participación del imputado, formalizará la imputación mediante resolución fundamentada, que deberá contener:

1. Los datos de identificación del imputado y de la víctima o su individualización más precisa;
2. El nombre y domicilio procesal del defensor;
3. La descripción del hecho o los hechos que se le imputan y su calificación provisional; y,
4. La solicitud de medidas cautelares si procede.

La SCP 0893/2013 refirió: “la imputación formal es el acto procesal ejecutado por el Representante del Ministerio Público por el cual se califican los hechos de manera provisional, infiriéndose de ello que este acto procesal no implica la imposición de la pena contenida en el tipo penal calificado provisionalmente, dado que, este último se producirá cuando el juez o tribunal, como consecuencia de la acusación, imponga la sanción a través de la respectiva sentencia; así la imputación formal estará supeditada a la consecuencia o al resultado mismo de la

investigación efectuada durante la vigencia de la etapa preparatoria.

CONCLUSIONES

- El Rol protagónico del Juez de instrucción cautelar debe ser entendido como el garante de los derechos, principios y garantías establecidos en la Constitución Política del Estado, el Código de Procedimiento Penal y los Tratados y Convenios ratificados por Bolivia.
- Toda autoridad debe garantizar el respeto de los derechos humanos y que éstos deben ser aplicados e interpretados de manera preferente, de conformidad a lo establecido en el Art. 256 de la Constitución Política del Estado que señala: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera **preferente** sobre ésta.
- La labor de los fiscales no solamente se traduce en ser director funcional de la Investigación sino en garantizar que tanto que la Policía Boliviana con sus atribuciones, así como las entidades encargadas de realizar los actos investigativos, se enmarquen en el ordenamiento jurídico, no convalidando actos lesivos dentro del proceso investigativo.
- La actualización y especialización de las autoridades jurisdiccionales, así como del Ministerio Público, permitirá mayores objetivos institucionales y evitará actos procesales defectuosos que afecten al proceso con sus consecuencias de mora judicial, daños irreparables a la víctima o sindicado, o la pérdida de elementos probatorios necesarios para el desarrollo del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- GARECA PERALES, Pedro. Acciones de Defensa Constitucional y Jurisprudencial. Editorial La Paz. 2012.
- GUTIÉRREZ GUERRA, José. Compendio de Jurisprudencia en Materia Procesal Penal. Editorial C.J. 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Selección Sistematizada de Jurisprudencia Constitucional 2015-2016.

EL DERECHO Y LA NEUROCIENCIA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; I. NEUROCIENCIA Y DERECHO; II. EVOLUCIÓN DE LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS Y MÉTODOS DE ESTAMPERÍA CEREBRAL EN EL PROCESO JUDICIAL; III. PRUEBA CIENTÍFICA Y DERECHO PROCESAL PERUANO. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

“Desde la perspectiva de aplicación concerniente a la prueba de la culpabilidad, las nuevas técnicas atadas al desarrollo de las neurociencias vienen hoy para añadirse a la prueba clásica del polígrafo o detector de mentiras. Estos métodos que incluyen la estampería termal, la huella del cerebro y la estampería por resonancia magnética funcional...” ya son utilizados en otros países. El autor analiza el tema y busca responder si “en la legislación peruana se permite como medio de prueba pericial la estampería por resonancia magnética funcional y si nuestros tribunales han resuelto alguna controversia jurídica sobre la base de un examen de estampería cerebral.”

ABSTRACT

“From the perspective of applying the evidence of guilt, new methods in connection to the development of the neurosciences are now added

¹ Abogado por la UNMSM, Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Doctor en Derecho, Post Doctorado en Ciencias, Coronel del Servicio Jurídico del Ejército, Fiscal Supremo Adjunto del Tribunal Supremo Militar Policial.

to the classic polygraph test or lie detector. These methods that include the thermal imaging, the trace of the brain and the functional magnetic resonance imaging..." are already used in other countries. The author analyzes the topic and wants to answer the following question: "Does the Peruvian legislation allow functional magnetic resonance imaging as an expert evidence? Do our courts have solved some legal controversy on the basis of a brain imaging examination?"

INTRODUCCIÓN

El estudio de la neurociencia en materia jurídica a través del uso de los métodos de estampería cerebral o de la prescripción de tratamientos neurofarmacológicos, a diferencia de otros países que se apoyan en estos métodos para absolver o condenar a los acusados por crímenes graves, es en el Perú aún embrionario; esto a pesar de que contamos con la Sociedad para la Neurociencia del Perú (SONEP) adscrita desde el 2003 a la International Brain Research Organization (IBRO), entidad mundial que agrupa a 64 países en el campo de la Neurociencia, y destacadas universidades nacionales que dictan Maestrías y Doctorados en esta disciplina científica.

Un fenómeno importante que se da en un proceso penal tiene que ver con las declaraciones del testigo, de la víctima y del inculpado. Creemos que la Neurociencia facilitaría la determinación si las respuestas son ciertas. En Francia, por ejemplo, con la ley del 7 de julio de 2011 se autorizó el empleo de las técnicas de estampería cerebral en el marco de peritajes judiciales en materia penal.

Desde la perspectiva de aplicación concerniente a la prueba de la culpabilidad, las nuevas técnicas atadas al desarrollo de las neurociencias vienen hoy para añadirse a la prueba clásica del polígrafo o detector de mentiras. Estos métodos que incluyen la estampería termal, la huella del cerebro y la estampería por resonancia magnética funcional (FIRM) consideran que mentir demanda más esfuerzo que decir la verdad y provoca la activación de más zonas del cerebro, lo que se manifiesta en la pantalla. Estos procedimientos son utilizados, particularmente en los Estados Unidos, Canadá y Bélgica. Incluso en el año 2008, en la India, una joven mujer fue condenada a perpetuidad por el Tribunal de Pune por el envenenamiento de su ex novio, teniendo como base un examen de estampería cerebral.

El presente artículo nos ayudará a conocer si nuestra legislación nacional permite como medio de prueba pericial la estampería por resonancia magnética funcional y si nuestros tribunales han resuelto alguna controversia jurídica sobre la base de un examen de estampería cerebral.

I. NEUROCIENCIA Y DERECHO

La neurociencia es una disciplina integral, se ocupa de estudiar desde un punto de vista inter, multi y transdisciplinario la estructura y la organización funcional del sistema nervioso (particularmente del cerebro). Así tenemos a la neuroanatomía, la neuroquímica, la neuroendocrinología, la neuropatología, la neurofarmacología, la neurofisiología, la biopsicología, la psicología fisiológica, la psicofisiología, la psicología comparada y la neurociencia cognitiva que estudia las bases neurales de

la cognición (procesos intelectuales superiores; pensamiento, memoria, atención y procesos de percepción complejos). Por tanto, la función de la neurociencia es la de penetrar en el misterio de la relación entre la mente, la conducta y la actividad propia del tejido nervioso. Es decir, que a partir del estudio a distintos niveles: molecular, neuronal, de redes neuronales, conductual y cognitivo, la neurociencia trata de desentrañar la manera en cómo la actividad del cerebro se relaciona con la psiquis y los comportamientos. Entonces la neurociencia podría resolver nuestro diseño de la persona en todas las ramas del Derecho, poniendo en evidencia los mecanismos neurofisiológicos por los cuales el hombre es un agente moral, racional de donde subtienden la intención, la voluntad, la decisión, el libre albedrío, etc.

Los conocimientos actuales sobre el cerebro humano favorecen la aplicación del modo jurídico, del pensamiento y de los conceptos fundamentales del derecho. Según ciertas experiencias, el número de nuestros actos, decisiones, deseos y de nuestras percepciones se determina por procesos inconscientes, preformados sobre el plan neuronal, tal como sostiene Bourgeois-Gironde.

Cuando mejor se conoce el cerebro humano, mayor es la comprensión sobre el individuo, se juzga mejor. Sin embargo también hay sustentos sobre los que se debe tener cuidado. El desvío de las neurociencias al servicio de la justicia. El Derecho entendido dentro del concepto positivista como el sistema de normas que regula la convivencia social y permite resolver los conflictos intersubjetivos, no debe ser enfeudado a la ciencia o al diseño dogmático de la verdad científica; tal como cita el juez francés Christian Byk a Peggy Larrieu, doctor en Derecho de la Universidad de Aix-Marseille: “las

neurociencias invaden progresivamente los procedimientos judiciales” y más particularmente el proceso penal.

Así como sostiene Byk, “la práctica de la policía científica y particularmente la utilización del ADN, consiste en hacer hablar los indicios de la escena del crimen. Mientras que las neurociencias abren la otra vía, hacer hablar objetivamente a un individuo sobre su participación en un crimen”, por tanto esquemáticamente las principales aplicaciones de las neurociencias en materia penal pueden interesar al elemento material y/o al elemento intencional de la infracción.

II. EVOLUCIÓN DE LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS Y MÉTODOS DE ESTAMPERÍA CEREBRAL EN EL PROCESO JUDICIAL

Por siglos, la única manera de hacer el diagnóstico de muchos trastornos neurológicos era realizar una autopsia después de la muerte del paciente. Las pruebas científicas relacionadas con la escena del crimen fueron las de laboratorio: sangre, orina u otras sustancias como también para diagnosticar las enfermedades. Fuimos avanzando e ingresamos a las pruebas genéticas para detectar la enfermedad neurológica génica y trastornos neurológicos, constituyéndose la prueba de ADN en materia judicial para establecer directa y fundamentalmente la relación biológica filial. Paralelamente ingresamos con la prueba clásica del polígrafo o detector de mentiras que es un instrumento de medición utilizado para el registro de respuestas fisiológicas, de variaciones de la presión arterial, del ritmo cardíaco, de la frecuencia respiratoria y de la respuesta galvánica o conductancia de la piel que se genera ante determinadas preguntas que se realizan al sujeto sometido

a la prueba. Aparentemente fue la solución en algunos tribunales como en Estados Unidos donde es considerada como prueba admitida para determinar la responsabilidad del inculcado de la comisión de un ilícito penal u otras controversias en materia civil y laboral.

Sin embargo en los últimos veinticinco años ingresamos a la era evolutiva de las imágenes anatómicas más nítidas y de información funcional más detallada: el examen neurológico, la evaluación en vivo de las habilidades motoras y sensoriales, el funcionamiento de uno o más nervios craneales, audición y habla, visión, coordinación y equilibrio, estado mental, cambios en el ánimo y la conducta; encontrando diversos tipos de examen, como la fluoroscopia que es un tipo de radiografía que usa un haz continuo o pulsado de radiación con dosis bajas para producir imágenes continuas de una parte del cuerpo en movimiento. La angiografía, la biopsia, la ecografía cerebral, la tomografía computarizada, la electroencefalografía (EEG), la electromiografía (EMG), la Electronistagmografía (ENG), las Imágenes por Resonancia Magnética (IRM) que usa radioondas generadas por computadora y un campo magnético poderoso para producir imágenes destalladas de estructuras del cuerpo como tejidos, órganos, huesos y nervios. El examen por FIRM (Imagen por resonancia magnética funcional) usa las propiedades magnéticas sanguíneas para producir imágenes en tiempo real del flujo sanguíneo o áreas particulares del cerebro.

Un FIRM puede puntualizar áreas del cerebro que se activan, anotar el tiempo que permanecen activas y puede decir si la actividad cerebral dentro de una región ocurre simultáneamente o en forma secuencial.

El proceso de obtención de imágenes en nuestro medio se usa para evaluar el daño cerebral de lesiones craneanas o trastornos degenerativos como la enfermedad de Alzheimer y para identificar y monitorizar otros trastornos neurológicos como esclerosis múltiple, accidentes cerebrovasculares y tumores cerebrales (Brain, February 14, 2014) Sin duda en materia judicial incrementaría el sistema publicista del Derecho Procesal para determinar la responsabilidad del infractor en materia penal, salvar los retos de los tribunales al determinar si los testigos y el inculcado o no, dicen la verdad.

En nuestro medio aún existen corrientes jurídicas iberoamericanas en el ámbito penal, como la Corte Suprema de Bogotá - Colombia, que consideran inconstitucional incluso a la prueba del polígrafo, pues, afirman que viola los derechos humanos y se encamina a sustituir al juez en su labor de valorización del testimonio.

III. PRUEBA CIENTÍFICA Y DERECHO PROCESAL PERUANO

En el Perú se logra la admisión de la prueba del ADN, otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de

2 Ley que Modifica diversos artículos del Código Civil, referidos a la Declaración de Paternidad y maternidad. Artículo 4.- Mecanismos para el acceso de las personas a la prueba de ADN El Estado determinará los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Para tal efecto el demandante deberá acogerse a los alcances del auxilio judicial establecido en los Artículos 179 al 187 del Código Procesal Civil.

certeza por Ley N° 27048², publicada el 6 de enero 1999 solo para casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refiere en los Art. 363, 371, 373 del Código Civil, extendiéndose con la Ley N° 28457 del 8 de enero de 2005 para el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, modificando el Art. 402 Inciso 6) del Código Civil.

En la controversia constitucional planteada por el Sindicato Único de Trabajadores de Electro-Lima, respecto de la vulneración de los derechos de sus afiliados producido como consecuencia de la toma del examen de polígrafo el 9 de julio del 2001 a trabajadores bajo sospecha por la empresa de proyectos eléctricos TECSUR, al realizar una investigación sobre un presunto robo de equipos; el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del expediente N° 00273-2010-PA/TC del 6 de agosto de 2014, sostiene que ningún derecho fundamental es absoluto, sino que puede ser sometido a restricciones o limitaciones, a condición de que estas sean en definitiva razonables y proporcionales, por derivarse de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto. En dicha sentencia estableció presupuestos para la admisibilidad del examen del polígrafo: 1) El examinado debe tener conocimiento expreso de la decisión y de las razones para la realización de dicho examen, mediante un plazo razonable entre la notificación y su actuación; 2) La naturaleza y el procedimiento del examen y toda información que resulte útil deben ser previamente explicados a la persona examinada; 3) El examinado debe contar con la presencia de un abogado defensor de su elección o, a petición expresa suya podrá ser asistido por una persona de su

confianza; y, 4) El examinado debe tener un ejemplar de los resultados del examen debidamente suscrito por las personas presentes en la evaluación poligráfica.

Respecto a lo dispuesto por el Art. 23 de la Constitución, que señala que ninguna relación laboral puede limitar ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, se entiende que prohíbe “la cosificación del trabajador o, lo que es lo mismo, su tratamiento como objeto y el desprecio de su condición de ser humano. Al respecto, en la sentencia en mención, el Tribunal Constitucional precisa que esta situación no puede ser objeto de especificación con carácter general, sino que debe ser evaluada según las circunstancias de la situación enjuiciada. Por los fundamentos expuestos el TC admite el examen bajo la técnica del polígrafo cuando la actividad del trabajador está directamente relacionada con la vida de las personas, la defensa y seguridad nacional, y los poderes del Estado y el orden constitucional. Asimismo, dicha práctica resulta admisible si existe una sospecha razonable de la intervención del trabajador en un incidente que ha ocasionado un grave perjuicio financiero y económico al empleador, o que ha puesto en grave peligro la existencia misma de la entidad empleadora, a fin de justificar el inicio de un procedimiento o investigación.

En el ámbito penal es necesario resaltar la singularidad de la sentencia judicial recaída en el Expediente N° 286-2010 de la Sala Mixta Descentralizada Transitoria de San Juan de Lurigancho, donde tres magistrados, utilizando la poligrafía, condenaron a cadena perpetua al procesado Alex Padilla Valdivia por la comisión del delito contra la libertad sexual en agravio de su hijo de 5 años de edad, identificado con clave V-0006.

CONCLUSIONES

En nuestro sistema procesal publicista, donde se da amplia facultad de la valoración probatoria al Juez, se encuentra permitido, como prueba pericial, la poligrafía.

La nueva tendencia probatoria va a lo mayor, a la objetividad que se obtendría a través de la Imagen por Resonancia Magnética Funcional (FIRM) practicada al sujeto infractor para determinar su culpabilidad

y a los testigos para determinar su verdad testificada.

Bajo las consideración de la Ley N° 27048 y la Sentencia del expediente. N° 00273-2010-PA/TC del 6ago2014, resulta pertinente aplicar como prueba pericial las técnicas de estampería cerebral, a razón de que dicha prueba no contradice la dignidad de la persona y no atenta contra los valores que el ordenamiento jurídico preserva.

BIBLIOGRAFÍA

- BOURGEOIS-GIRONDE, S. (s.f.). Les neurosciences peuvent-elles bouleverser nos conceptions de l'intentionnalité, de la responsabilité, du droit et de l'éthique. *Séminaire préc*, 11.
- BRAIN. (February 14, 2014). Pruebas y procedimientos de diagnóstico neurológico. *National Institute of Neurological Disorders and Stroke*.
- BYK, C. (s.f.). Les difficultés légales et éthiques liées à l'utilisation des neurosciences, in "Perspectives scientifiques et léles sur l'utilisation des sciences du cerveau dans le cadre des procédures judiciaires". *Séminaire Préc*, 50.
- LARRIEU, Peggy. (2012). Le droit à l'ère des neurosciences. *Médecine& Droit* , 106-110.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Exp. N° 00273-2010-PA/TC (Tribunal Contitucional 6 de agosto de 2014).

LA RESPONSABILIDAD FUNCIONAL

DEL FISCAL PENAL Y EL REQUERIMIENTO DE PRISION PREVENTIVA EN RELACIÓN A LA “SUFICIENCIA PROBATORIA”

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. ROL FUNCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL; I.1. LEY DE LA CARRERA FISCAL; I.2. REGLAMENTO DE CONTROL INTERNO DEL MINISTERIO PÚBLICO; II. MEDIDAS COERCITIVAS Y PRISIÓN PREVENTIVA; III. SUFICIENCIA PROBATORIA Y PROCESO PENAL; IV. RESPUESTA AL PROBLEMA PLANTEADO. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En base a una experiencia académica propia, el autor plantea como tema de análisis la responsabilidad funcional del Fiscal Penal en relación a la medida coercitiva de la prisión preventiva, en concomitancia con el cumplimiento de la Ley de la Carrera Fiscal, el Reglamento de Control Interno del Ministerio Público, disposiciones de orden constitucional y legal.

ABSTRACT

Based on a proper academic experience, the author raises as an analysis topic the functional responsibility of the Criminal District Attorney in connection to the coercive measure of preventive detention, in

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

concomitance with the observance of the Career System for District Attorneys Law, the Regulation of Internal Control of the District Attorney's Office as well as the constitutional and legal provisions.

INTRODUCCIÓN

El autor presenta la temática referida a la responsabilidad funcional del Fiscal Penal en relación al requerimiento de prisión preventiva ante la presunta comisión de un delito, más aún, si existe la presión mediática cuando la sociedad conoce de un hecho delictivo de alarma social, esto a raíz de una experiencia académica en la ciudad de Huánuco, donde se plantea el siguiente caso: Fiscal Penal a cargo de una investigación preliminar reúne elementos de convicción, quien considera que aún no existen los “suficientes” para requerir la prisión preventiva, con posterioridad dicho funcionario es apartado del caso y el nuevo Fiscal Penal, con los mismo elementos recaudados considera que debe requerir la medida coercitiva acotada, haciéndolo y consiguiendo que el juez de investigación preparatoria, se lo declare fundado, por lo que, el órgano de control interno del Ministerio Público: ¿debe o no iniciar un procedimiento sancionador contra el primer Fiscal Penal por no requerir en su oportunidad la prisión preventiva más aún si es un caso alarmante socialmente?

Ante la interrogante planteada, debemos tener en cuenta que el artículo 253, inciso 2 del Código Procesal Penal – Principios y Finalidad de las Medidas de Coerción Procesal, como base argumentativa para requerir toda medida de esta naturaleza, establece que deben existir suficientes elementos de convicción para requerirlas, con lo cual, uno se plantea una segunda

interrogante: ¿cómo entiende la suficiencia probatoria el Fiscal Penal en un caso concreto para decidir requerir la prisión preventiva?

I. ROL FUNCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL

I.1 Ley de la carrera fiscal

En su artículo 33 se establecen, los deberes de los fiscales, siendo importante hacer mención a su inciso 3, que señala: “velar por la defensa de los derechos fundamentales y la recta impartición de justicia en el ejercicio de su función fiscal”, por lo que, dentro de la investigación preliminar y su formalización en preparatoria, sus actuaciones decisorias como en los actos de investigación que se realicen se debe respetar el marco constitucional, en consecuencia, si sus decisiones afectan la debida motivación como manifestación del debido proceso, podría ser responsable en tales situaciones, sin embargo, éstas no afectan directamente el derecho de los justiciables, sino, sólo si el órgano jurisdiccional acepta los requerimientos fiscales que pueden resultar atentatorios a derechos fundamentales, como la libertad o la propiedad.

Así, también, el artículo 42 establece que los miembros del Ministerio Público son pasibles de ser responsables civil, penal y administrativamente, con arreglo a la ley de la materia, con lo cual, lo dicho ratifica el supuesto que en caso, conforme a las funciones o atribuciones que tiene el fiscal dentro del proceso penal, sus decisiones en el marco de sus actos de investigación como sus requerimientos ante los órganos jurisdiccionales están sometidos al marco constitucional; sin embargo, es importante

mentar que éstas para que sean eficaces requieren de la aprobación de los jueces penales, con lo cual la afectación al imputado en sus derechos fundamentales, no pueden serle atribuidas al fiscal competente del caso.

En lo que compete a las faltas en el ejercicio de la función fiscal, en los artículos 43 y 44 se señalan su contenido y sus tipos de falta, para desarrollar en las normas siguientes, lo referido a las faltas leves, graves y muy graves, siendo importante destacar que los supuestos funcionales del artículo 46, como faltas graves, se enmarcan a las actuaciones del fiscal en la investigación penal, mientras el artículo 47, destaca en su inciso 1, que: “emitir resoluciones, disposiciones, providencias, dictámenes o requerimientos sin motivación”, determinaría una sanción de suspensión desde 4 a 6 meses así como la destitución como fiscal.

Corresponde en relación a nuestro tema de investigación señalar que para el requerimiento de prisión preventiva, el fiscal penal debe tener presente la suficiencia probatoria como elemento de una debida motivación, sin embargo, como podría catalogar de suficiente o insuficiente en un caso concreto, si este elemento considerado un principio para la determinación de una medida coercitiva personal para privar de la libertad ambulatoria al imputado, es estrictamente subjetiva y no se conocen los límites o alcances desde el punto de vista probatorio.

1.2 Reglamento de control interno del Ministerio Público

El artículo 22 establece los alcances e infracciones de las responsabilidades civiles, penales y administrativas en que incurrir los fiscales en el ejercicio de sus

funciones, mientras que su artículo 23 regula las infracciones, siendo importante destacar el inciso “k” que establece: “emitir dictámenes y resoluciones con falta de adecuado estudio, motivación y fundamentación”, con lo cual, se puede apreciar que un aspecto importante en la conducción, dirección y decisión del inicio y desarrollo de la investigación penal, se centra en cómo el fiscal debe decidir o actuar, siendo cada uno de estos aspectos, estar sometido al marco constitucional como la debida motivación, siendo uno de los aspectos importantes en lo que se refiera al debido proceso.

En lo que compete al tema del requerimiento de la prisión preventiva, este aspecto normativo también lo regula, con lo cual, el problema incidental en este caso, es si tomamos en cuenta que toda medida cautelar personal, requiere de suficiencia probatoria como uno de sus principios aplicables a toda medida como la prisión preventiva. El problema está en cómo considerar, de suficiente o insuficiente, tal aspecto, para afirmar que el fiscal a cargo de la investigación sea responsable y consecuentemente objeto de una sanción en cualquiera de las formas establecidas.

II. MEDIDAS COERCITIVAS Y PRISIÓN PREVENTIVA

Las medidas coercitivas en el Proceso Penal Peruano, se encuentran reguladas dentro del Principio de Legalidad, así como las garantías constitucionales que establece nuestra Carta Magna; en ese sentido, el art. 253 del Código Procesal Penal en su inciso 3, establece lo siguiente: (...) *La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga,*

de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevinida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

Mientras, el inciso 2 del citado artículo 253 del Código Procesal Penal - Principios y Finalidad - de las Medidas de Coerción Procesal, dispone que deben existir **suficientes** elementos de convicción para requerirlas, con lo cual, el fiscal a cargo de la investigación preliminar, cuando considerar que hay suficiencia probatoria, debe requerir la prisión preventiva, caso contrario, incurriría en responsabilidad funcional, sin embargo, como catalogar de suficiente o insuficiente tal requisito, que más aún, es considerado un principio procesal ante esta medida coercitiva, para hallarlo responsable, si este aspecto es completamente subjetivo.

Como puede apreciarse, una de las finalidades de las medidas coercitivas, es impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad, con lo cual, la imputación establecida por el Ministerio Público, deberá dilucidarse con la aplicación de la prisión preventiva o la comparecencia restringida, siendo la “verdad” a ser esclarecida, la que se postula en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria (o de apertura de la instrucción, si se toma en cuenta el antiguo modelo procesal penal), dentro del marco de la suficiencia probatoria para catalogar de “debida” la motivación empleada por el fiscal como por el juez que decidió el requerimiento, sin embargo, no se le puede hallar responsable por un aspecto que es ampliamente subjetivo.

Así, también, en lo referido a la prisión preventiva, el artículo 268 del Código

Procesal Penal, uno de sus presupuestos materiales establece en su inciso c), lo siguiente: (...) *Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (finalidad peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).*

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

Si la suficiente probatoria es un elemento para determinar la responsabilidad penal del acusado, es lógico suponer, que si este aspecto se debe tomar en cuenta en toda medida coercitiva como la prisión preventiva, estaríamos ante un supuesto, de adelantamiento de punibilidad y consecuentemente, desvirtuar la presunción de inocencia, en consecuencia, hallar responsable a un fiscal por un aspecto que es estrictamente subjetivo y además vulnerable al principio constitucional antes citado, lo que sería absolutamente arbitrario.

III. SUFICIENCIA PROBATORIA Y PROCESO PENAL

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, 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.

Sin embargo, la invocación de la “suficiencia” es meramente enunciativa ya 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 de agosto de 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)

IV. RESPUESTA AL PROBLEMA PLANTEADO

¿Cómo entiende la suficiencia probatoria el Fiscal Penal en un caso concreto para decidir requerir la prisión preventiva?

El Fiscal Penal considerará suficiente o insuficiente, de acuerdo las máximas de experiencias y reglas de la lógica, sin embargo, estos aspectos son claramente subjetivos, en consecuencia, puede hallársele responsable funcionalmente y merecedor a una sanción, si se le imputa, la no aplicación de la suficiencia probatoria, porque éste queda meramente a su libre decisión, más aún, éste resulta de por sí atentatorio, ya que, es contrario al principio de presunción de inocencia, por cuanto, este criterio “subjetivo” es un elemento esencial para hallar responsable penalmente al acusado y someterlo a una condena, con lo cual, siendo la prisión preventiva una medida coercitiva requerida y decidida ante la formalización de la investigación preparatoria, consideramos que exigirle una debida motivación al fiscal sobre este elemento es arbitrario.

CONCLUSIONES

- El fiscal penal es responsable civil, penal y administrativamente por las actuaciones y decisiones que asuma durante la investigación preliminar y preparatoria.
- El fiscal penal puede ser sancionado por las infracciones leves, graves y/o muy graves, siendo considerada muy grave, todo lo relacionado a una indebida motivación en lo concerniente a sus decisiones.
- La medida coercitiva personal de prisión preventiva, requiere para su

adopción, la aplicación de la suficiencia probatoria; sin embargo, este aspecto es claramente subjetivo, y queda al arbitrio de aquellos que lo requieran o decidan.

- El fiscal penal no puede ser responsable del requerimiento o no de la prisión preventiva, como si se la conceden o no, ya que siendo la base para tal decisión la suficiencia probatoria, sería arbitrario hallarlo responsable, cuando dicho aspecto es subjetivo y queda a su libre discrecionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- FLORIÁN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. BOSCH. 1951.
- GARCÍA MORILLO, J. y otros. Derecho Constitucional. Tirant Lo Blanch. 2013.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de Derecho Procesal Penal. Instituto Pacífico. 2015.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal – Lecciones. INPECCP. 2015.

LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA; I.1. LAS ETAPAS DEL PROCESO PENAL; I.2. LAS DENOMINACIONES USADAS; I.3. LA DENOMINACIÓN PROPUESTA; II. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR; II.1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS; II.2. NATURALEZA EXTRA-PROCESAL; III. DILIGENCIAS QUE PROCEDEN EN ESTA ETAP; III.1. ENUNCIACIÓN DE LAS DILIGENCIAS; III.2. DILIGENCIAS LIMITATIVAS DE DERECHOS; IV. CONSTITUCIONALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR; IV.1. INVESTIGACIÓN **INAUDITO PAR**; IV.2. PROLONGACIÓN INDEBIDA DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Aquí se analiza la etapa de investigación del proceso penal antes de que las diligencias investigativas sean puestas en conocimiento del imputado y sometidos al control jurisdiccional del juez de garantía, comenzando desde las diversas denominaciones que se le entregan, pasando por sus principales características, y terminando con los principales problemas de inconstitucionalidad que en dicha etapa se pueden encontrar.

1 Profesor de Derecho Procesal, Académico jornada completa en el Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Tarapacá, Sede Esmeralda, Iquique, Chile. Alumno de Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat, Iquique. Miembro del Instituto Chileno de Derecho Procesal. Adherente al Instituto Panamericano de Derecho Procesal, capítulo Chile. Correo electrónico: luispriosm@gmail.com. Sitio web <<http://luispatricio-riosmunoz.webnode.cl>>.

ABSTRACT

The investigation stage of the criminal proceeding is analyzed before the investigations are brought to the attention of the accused and are subject to the judicial review of the supervisory judge, starting from the various denominations delivered to him, going to its main characteristics and ending with the main problems of unconstitutionality that can be found at this stage.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo nace de la idea del memorista de la Universidad de Tarapacá, don Juan Claudio Aguirre Zepeda, autor de la memoria para optar el grado de licenciado, denominada “*Investigación desformalizada*”, la que tuve ocasión de dirigir, y con quien sostuvimos intercambio de correos electrónicos en los que manifestaba mi disconformidad con la denominación que había dado a la institución en estudio, además de proponerle tratar ciertos puntos de vista que no recogió, y de los que me hago cargo a continuación. Por lo que, aclaro, del memorista he tomado prestado sólo el tema, para efectos de desarrollar mi opinión sobre lo que considero debieran ser los temas principales de esta etapa investigativa.

I. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Lo primero a lo que debo referirme en el presente estudio es a la denominación que damos a esta etapa, para lo cual debemos, previamente, referirnos a las diversas etapas en que ha sido sistematizado el proceso penal. Cabe aclarar que estas etapas no siempre se encuentran claramente diferenciadas en las legislaciones, pero sí en la enseñanza del sistema, por ser facilitadoras de su contenido.

I.1. Las etapas del Proceso Penal.

El Proceso Penal ha sido dividido en tres etapas claramente diferenciadas; la primera de ellas obedece a la etapa investigativa, y que en Perú ha sido comúnmente denominada “*Investigación preparatoria*”². Esta etapa se encuentra presente en todos los procesos declarativos³, aún en los procesos civiles, en los que se ha dado en denominar *prejudicialidad*⁴, pues resulta evidente que antes del planteamiento de la pretensión –contenida en la demanda en materia civil, y en la acusación en materia penal– debe siempre haber una etapa previa de investigación, y que nosotros, siguiendo a Montero⁵ y a Cerda⁶, denominamos “*Etapas de Instrucción*”, por creer que es la más

2 En tal sentido: Espinoza Ramos, Benji (2016) *Litigación penal*. Lima: Esippec, pp. 125 y ss.; Zelada Flores, René (2012) “La etapa de investigación preparatoria en el Nuevo Código Procesal Penal” en *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 31. Lima: Gaceta; y Rosas Yataco, Jorge (2009) “Breves anotaciones a la investigación preparatoria en el Nuevo Código Procesal Penal” en *Revista Jurídica Vista Fiscal*, Año VI-N° 5. Lima: Ministerio Público del Distrito Judicial de Lima Norte; entre otros.

3 Carocca Pérez, Álex (2003) *Manual de Derecho procesal: Los procesos declarativos*. Santiago: Lexis Nexis, p. 52.

4 Al respecto, véase RIVERO HURTADO, Renée Marlene, *La Prejudicialidad en el Proceso Civil chileno*.

5 MONTERO AROCA, Juan, et al. (2005) *Derecho jurisdiccional* (14ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch, t. III, pp. 118 y ss.

6 CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2009) *Manual del Sistema de Justicia Penal*. Santiago: Librotecnia, pp. 159 y ss.

apropiada. Explica Montero que la legalización de esta etapa obedece a la anglosajonización del proceso, incorporando una etapa que es función administrativa o policial, pero no procesal⁷.

La segunda etapa, a falta de un mejor nombre, por años fue denominada como “*Intermedia*”⁸, por estar precisamente entre la primera y la última, y que algunos calificaron de mejor forma técnica como “*Etapa bifrente*”⁹, porque resuelve la correcta clausura de la investigación y determina si debe o no pasarse a la etapa de juicio oral. Creemos, siguiendo a Cerda¹⁰, que la mejor denominación de esta etapa es aquella que se refiere a la actividad que en ella se realiza, esto es, que se prepara la entrada al juicio oral, por lo que hemos de denominarla “*Etapa Preparatoria*” que, por lo demás, es la denominación legal que adopta el Código Procesal Penal chileno (Preparación del juicio oral).

La tercera y última etapa ha sido conocida como la “*Etapa de juicio oral*”, pero en verdad creemos que el calificativo final de oral está de más, porque ya se sabe de antemano que el juicio en el Proceso Penal tiene ese carácter, por ello la denominamos simplemente “*Etapa de Juicio*”.

A continuación nos concentraremos en la primera etapa, la de instrucción o investigación.

1.2. Las denominaciones usadas

Antes de entrar a analizar el instituto propiamente tal, cabe hacer la aclaración de que el legislador se refiere a esta etapa del Proceso Penal únicamente como “Investigación”, y ha sido la doctrina la que, con fines didácticos, le agrega un apellido para poder distinguir, con mayor nitidez, las dos sub-etapas que ella comprende, a saber: 1º) Aquella que será objeto de nuestro estudio y que se caracteriza por estar desprovista de la supervigilancia del juez de instrucción (denominado en Chile, juez de garantía); y 2º) Aquella que este último controla jurisdiccionalmente, que uniformemente ha sido denominada “investigación formalizada”.

Es así como a la etapa previa se le han dado diversas denominaciones, entre las cuales se cuentan: “investigación desformalizada” (la más difundida), “investigación administrativa”, “investigación informal” (expresión que yo mismo utilizaba, al explicarla en mis clases), “investigación aformalizada”, “investigación preformalizada”, “investigación preparatoria”, etc. En este artículo desechamos todas las anteriores expresiones, dando las razones en cada caso, y proponemos utilizar aquella que da el título al mismo: “Investigación Preliminar”.

7 MONTERO AROCA, Juan, et al. (2005) *Derecho jurisdiccional* (14ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch, t. III, pp. 118 y 119.

8 En tal sentido: ESPINOZA RAMOS, Benji (2016) *Litigación penal*. Lima: Esipepec, pp. 211 y ss.; DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo (2010) *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Lima: Ara Editores; y Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl (2010) “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004” en *Gaceta Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica; entre otros.

9 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo (2010) *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Lima: Ara Editores, p. 55.

10 CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2009) *Manual del Sistema de Justicia Penal*. Santiago: Librotecnia, pp. 287 y ss.

Comenzamos por la expresión “investigación preparatoria”, la que ha de ser descartada prontamente porque induce a confusión desde que la etapa que le sigue suele también ser denominada preparatoria, según dijimos.

Luego, descartar todas las denominaciones derivadas de la falta de formalización (informal, desformalizada, aformalizada, preformalizada), resulta un tanto más complejo, pues esta denominación tiene una mejor fundamentación derivada de la ausencia de formalización por parte de un órgano jurisdiccional. Los prefijos *in*, *des*, y *a*, obedecen a negación o privación, por lo que dado su significado gramatical, deben ser descartados, pues no se trata de una investigación a la que se le niegue la formalización por el órgano jurisdiccional, sino una que aún no ha entrado en esa etapa.

Por ello, y dado que el prefijo *pre* significa antes de algo, resulta más adecuado para definir esta etapa; no obstante, siendo más adecuada que las anteriores, adolece también de ciertos problemas terminológicos, pues el prefijo *pre* supone que esta etapa sería parte de “un todo” sistemático, lo que no ocurre porque muchas denuncias terminan en esta etapa sin pasar a las siguientes por el ejercicio de la atribución exclusiva del Ministerio Público de no perseverar.

I.3. La denominación propuesta

De esta manera, me inclino más por denominarla **Investigación Preliminar**, pues el vocablo latino “Preliminar” se encuentra compuesto por el prefijo *pre* que

ya hemos identificado que significa antes de algo, y por “Liminar” que equivale a umbral, puerta, límite. El Diccionario en línea de la Lengua Española, en su segunda acepción, define “Preliminar” como aquello que antecede o se antepone a una acción, litigio u otra cosa. Por ello, a falta de una mejor definición, por ahora, la etapa instructiva en que el Ministerio Público y las policías investigan sin la intervención y control de un órgano jurisdiccional, la denominaremos **Investigación Preliminar**. De esta manera, la etapa que sigue, bien puede ser denominada **Investigación Liminar** o Formalizada o sujeta a control jurisdiccional.

II. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

Se trata de un conjunto de actuaciones policiales y del Ministerio Público, encaminadas a preparar la entrada al juicio penal, las que se practican para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y en la culpabilidad de los delincuentes, asegurando a sus participantes y las responsabilidades pecuniarias de éstos. Antiguamente, esta etapa era conocida como “Sumario”, aunque no tenía nada de breve ni concentrado.

II.1. Principales características

Este conjunto de actuaciones tiene como principal característica la circunstancia de que no se encuentran controladas por ningún tipo de órgano jurisdiccional¹¹,

11 HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004) *Derecho Procesal Penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, t. I, p. 490.

porque nos encontramos en la etapa temprana o primitiva del conocimiento del hecho que reviste caracteres de delito.

Al no estar sujeta a control jurisdiccional, se trata de una etapa unilateral (del Ministerio Público y las policías) y reservada, pues el imputado aquí desconoce que es objeto de una investigación, y por tal desconocimiento, no se encuentra en posición de ejercer su derecho a exigir el conocimiento de las diligencias investigativas, como si ocurre una vez que ha sido formalizado¹². Lo anterior implica una real ventaja para el Ministerio Público y las policías, en el sentido que pueden desplegar la investigación libre de trabas de parte de la defensa del imputado y de la supervigilancia jurisdiccional.

II.2. Naturaleza extra-procesal

Con todo lo dicho hasta ahora, es posible afirmar ya que esta etapa investigativa no forma parte del proceso penal propiamente tal, por varias razones ya anotadas, a saber, no existe intervención de órgano jurisdiccional alguno, sólo intervienen órganos administrativos y policiales. Toda la investigación en esta etapa se realiza *inaudita pars*, esto es, sin el conocimiento del imputado; por todo lo cual, si tenemos en consideración que el **Proceso Penal** es un Sistema de Enjuiciamiento Adversarial, que requiere la bilateralidad de audiencia tanto de la Fiscalía como de la Defensa ante un tercero imparcial, vemos que nada de eso se encuentra presente aquí, por lo que no puede ser considerado proceso. Una razón adicional para darle la denominación de “Preliminar”.

III. DILIGENCIAS QUE PROCEDEN EN ESTA ETAPA

Las diligencias que pueden efectuarse en esta etapa investigativa se encuentran limitadas. Ninguna de ellas puede vulnerar las garantías constitucionales del imputado, pues para ello se requeriría autorización del juez de garantía. Como política criminal, excepcionalmente se ha establecido la posibilidad de vulnerar algunas de estas garantías, con autorización del juez y sin comunicarlo al imputado, cuando se trata de ilícitos de gran connotación social, como el tráfico de estupefacientes.

III.1. Enunciación de las diligencias

De ordinario entonces, pueden llevarse a efecto las siguientes diligencias: 1) Tomar declaración a los testigos que se allanen voluntariamente a comparecer y prestarla; 2) Consignar, recoger y asegurar todo cuanto conduzca a comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes; 3) Exigir información de toda persona o funcionario público, quienes no podrán excusarse de prestarla, salvo en los casos expresamente señalados por ley; 4) Disponer la práctica de operaciones científicas, toma de fotografías, filmación o grabación mientras no afecten derechos fundamentales; 5) Solicitar la práctica de informes periciales a los miembros de organismos técnicos que le presten auxilio en su labor investigadora o a terceros expertos en un arte o ciencia; 6) Tomar exámenes corporales al ofendido cuando se allane a efectuárselos voluntariamente; 7) Disponer la práctica de autopsias en dependencias del servicio médico legal

12 DUCE, Mauricio y Riego, Cristián (2007) *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 133.

o ad-hoc; 8) Disponer las medidas de vigilancia que estime convenientes para evitar la fuga del imputado o la sustracción de documentos o cosas que constituyan el objeto de una diligencia investigativa intrusiva que aún no haya sido autorizada judicialmente; y, 9) Prestar auxilio a la víctima.

III.2. Diligencias limitativas de Derechos

Como señalé previamente, durante la Investigación Preliminar, el Ministerio Público no puede ordenar que se realicen diligencias que afecten derechos o garantías aseguradas por la Constitución, Tratados Internacionales reconocidos y/o las leyes nacionales, por requerir, en tales casos, la autorización previa y expresa del órgano jurisdiccional respectivo, Juez de Garantía.

Echemos un vistazo a estas diligencias, a fin de tener clara su improcedencia en la presente etapa, sin detenernos demasiado en cada una, pues ello es materia de estudio de la Investigación Liminar o Formalizada: 1) Intervenciones o exámenes corporales, pues atentan contra la dignidad humana, integridad física y/o psíquica de las personas y la libertad personal; 2) Entrada y registro en lugares o domicilios determinados, pues atenta contra la intimidad e inviolabilidad del hogar; 3) Interceptación de comunicaciones telefónicas, pues afecta la intimidad de las personas; y, 4) Incautación de objetos y documentos, pues atenta contra el derecho de propiedad.

En caso que alguna de estas diligencias se lleve a cabo en la Investigación

Preliminar, podrá solicitarse la declaración de nulidad de la diligencia.

IV. CONSTITUCIONALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

No obstante lo sostenido previamente, es posible que la Investigación Preliminar pueda llegar a colisionar con las garantías de un debido proceso, y pase a configurar un abuso de las facultades investigativas del Ministerio Público o las policías. Esto puede ocurrir principalmente porque ésta se realiza *inauditio pars*, y porque, a veces, puede prolongarse más allá de lo considerado como plazo razonable. A continuación, analizaré ambos.

IV.1. Investigación *Inauditio Pars*

Como ya señalé precedentemente, una de las características principales de esta etapa investigativa es que se realiza sin el conocimiento de los sujetos investigados, cuestión que sirve, incluso, para determinar que esta etapa carece de naturaleza procesal.

Dado lo anterior, y teniendo presente por el momento que la finalidad de la formalización de una investigación es dar a conocer al imputado que es sujeto de una investigación, para que pueda defenderse adecuadamente; la sola circunstancia de que se permita al Ministerio Público y a las policías investigar sin que el investigado tenga conocimiento de ello, atenta contra el *derecho a defensa*, considerado como la participación del imputado en la formación de la resolución jurisdiccional, o como la misma posibilidad de una intervención defensiva en la serie de actos dirigidos al juicio¹³.

13 CAROCCA PÉREZ, Álex (2005) *La Defensa Penal Pública*. Santiago: Lexis Nexis, p. 45.

Al respecto, no se estaría cumpliendo en esta etapa investigativa con la orden legal que dispone que el imputado tendrá derecho a ser defendido desde la primera actuación dirigida en su contra, porque, ¿cómo va a cumplirse si el imputado ignora que se están realizando actuaciones investigativas en su contra?

En efecto, existe lo que la autora española Belén Ureña ha denominado el **derecho de libertad de acceso al proceso**, que asume el rol preponderante de **derecho fundamental procesal** en relación al **debi-do proceso**, y que encuentra su justificación en el derecho a una tutela judicial efectiva¹⁴, argumento que se suma a los ya enunciados para considerar la Investigación Preliminar como extra-procesal.

Si bien, algunos justifican que esta desigualdad se corrige luego tras la formalización de la investigación, lo cierto es que la falta de comunicación al imputado afecta la objetividad del Ministerio Público (que se encuentra obligado a investigar con igual celo los hechos que logren inculpar al imputado como los que aseguren su inocencia), atenta contra su derecho a defensa, y, parafraseando a Perfecto Andrés (sí, Perfecto es su nombre, y Andrés su apellido), constituye una forma de **reencarnación** del viejo secreto de sumario de las investigaciones procesales¹⁵.

IV.2. Prolongación indebida de la Investigación Preliminar

Otro elemento importante de considerar es el tiempo que tarde esta investigación en pasar de preliminar a liminar, que sumado a la falta de conocimiento del investigado, puede llegar a transformarlo en una verdadera inquisición.

Todos conocemos la garantía del debido proceso de ser juzgado en un plazo razonable, consagrado en el Pacto San José de Costa Rica¹⁶, y en el de Derechos Civiles y Políticos¹⁷. Esta garantía, junto a la ya anunciada del derecho de defensa, es la que resulta afectada cuando la Investigación Preliminar se prolonga indebidamente en el tiempo.

Ahora bien, no es fácil determinar cuándo pasaremos de una tardanza usual a una prolongación indebida, pues no existen plazos legalmente establecidos para ello. Esto obedecerá al tipo de diligencias que procedan según se trate del tipo de delito a investigar, pues una declaración de testigos no tardará lo mismo que la práctica de operaciones científicas o periciales.

Punto éste difícil de dilucidar, pues la defensa del imputado no tiene como saber siquiera que éste está siendo investigado, mucho menos sabrá si la Investigación Preliminar se ha llevado en tiempo razonable y

14 A este respecto, puede consultarse UREÑA CARAZO, Belén (2014) *Derechos fundamentales procesales*. Pamplona: Aranzadi S.A., pp. 197 y ss.

15 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2015) *Tercero en discordia*. Madrid: Editorial Trotta, p. 331.

16 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, Artículos 7 y 8.

17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 9.

prudente o ha tardado más allá de lo debido. Se trata, entonces, de un problema de *lege ferenda*, a considerar por el legislador, por cuanto hoy no cuenta con solución alguna.

CONCLUSIÓN

Os he mostrado un pequeño abanico de problemáticas no resueltas que convergen en la Investigación Preliminar: 1) Partiendo de su discutida denominación, siendo utilizada no siempre la más correcta gramatical y significativamente hablando; 2) Siguiendo por las diligencias que pueden o no llevarse

a cabo durante ella, lo que he dado en llamar los límites naturales de la Investigación Preliminar, debiendo distinguir cuando las diligencias que se quieran practicar son atentatorias de derechos fundamentales, en cuyo caso no podrán realizarse sin la intervención previa y oportuna del órgano de control jurisdiccional (Juez de Garantía); y, 3) Concluyendo con los conflictos de índole constitucional que puede llegar a generar esta etapa extra-procesal, administrativa y policiaca. Los problemas han quedado enunciados, ahora invito al lector a profundizar en ellos, para encontrar soluciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2015) *Tercero en discordia*. Madrid: Editorial Trotta.
- CAROCCA PÉREZ, Álex (2003) *Manual de Derecho procesal: Los procesos declarativos*. Santiago: Lexis Nexis.
- CAROCCA PÉREZ, Álex (2005) *La Defensa Penal Pública*. Santiago: Lexis Nexis.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2009) *Manual del Sistema de Justicia Penal*. Santiago: Librotecnia.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo (2010) *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Lima: Ara Editores.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (2007) *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ESPINOZA RAMOS, Benji (2016) *Litigación penal*. Lima: Esipac.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004) *Derecho Procesal Penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, t. I.
- MONTERO AROCA, Juan, et al. (2005) *Derecho jurisdiccional* (14ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch, t. III.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2010) “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004” en *Gaceta Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2001) *Diccionario de la Lengua Española* (22ª ed.). Madrid: Espasa Calpe.
- ROSAS YATACO, Jorge (2009) “Breves anotaciones a la investigación preparatoria en el Nuevo Código Procesal Penal” en *Revista Jurídica Vista Fiscal*, Año VI-Nº5. Lima: Ministerio Público del Distrito Judicial de Lima Norte.
- UREÑA CARAZO, Belén (2014) *Derechos fundamentales procesales*. Pamplona: Aranzadi S.A.
- ZELADA FLORES, René (2012) “La etapa de investigación preparatoria en el Nuevo Código Procesal Penal” en *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, Nº 31. Lima: Gaceta.

Paulo César Delgado Neyra¹

EL CRIMEN DE GUERRA DE CAUSAR INCIDENTALMENTE DAÑOS GRAVES AL MEDIO AMBIENTE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NOCIONES GENERALES SOBRE LOS CRÍMENES DE GUERRA. III. ANÁLISIS DEL CRIMEN DE GUERRA DE CAUSAR INCIDENTALMENTE DAÑOS GRAVES AL MEDIO AMBIENTE. IV. ALGUNOS EJEMPLOS DE ESTE CRIMEN. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este trabajo presenta un análisis jurídico del crimen de guerra de causar incidentalmente daños graves al medio ambiente, en él se desarrollan inicialmente las nociones generales de los crímenes de guerra para posteriormente estudiar los elementos particulares de este delito internacional. Asimismo, muestra ejemplos de conflictos armados en los cuales se han presentado dichos hechos delictivos pese a no haber sido juzgados. Concluyendo finalmente en la identificación de deficiencias en la tipificación, proponiendo algunas posibles soluciones.

ABSTRACT

This paper presents a legal analysis of war crime causing incidentally serious damage to the environment. First, general concepts of war

¹ Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Estudiante del Máster *Universitari en Dret Ambiental de la Universitat Rovira i Virgili*. Es autor del libro *Crímenes Internacionales, implementación del Estatuto de Roma al Código Penal Peruano* e integrante del *Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona*.

crimes are developed to later study particular elements of this international crime. It also shows examples of armed conflicts in which these criminal acts have been presented even though they have not gone on trial. It concludes with the identification of deficiencies in the classification by proposing some possible solutions.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el medio ambiente sufre daños significativos causados por los conflictos armados. Conforme a ello, la evolución del Derecho Internacional Humanitario (en lo sucesivo DIH) ha llevado a integrar la preocupación y preservación del medio ambiente en sus normas, dado que este constituye el medio de supervivencia de los seres humanos.

Por lo que si bien toda guerra implica una afectación al medio ambiente, el daño ambiental no puede constituir en sí mismo un objetivo militar, ni tampoco la destrucción del medio ambiente puede ser empleada como medio o como método de guerra. Teniendo ello en cuenta el Estatuto de Roma (en lo sucesivo ER), tipifica el crimen de guerra de causar incidentalmente daños graves al medio ambiente, el cual de ser el caso, podría ser juzgado por la Corte Penal Internacional (a continuación CPI).

La protección de la naturaleza en el marco del Derecho Internacional, ha

llevado a afirmar a la Corte Internacional de Justicia en el párrafo 32 de la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Empleo de Armas Nucleares que: “(...) *La destrucción del medio ambiente no justificada por necesidades militares y efectuada con carácter gratuito es manifiestamente contraria al derecho internacional en vigor*”². Pese a ello, la Corte no se pronunció sobre el carácter de *ius cogens* de dichos aspectos del DIH, dado que la Asamblea General de las Naciones Unidas no le había solicitado manifestarse sobre ello.

No obstante, siguiendo la opinión de Zlata Drnas de Clément, con la cual concordamos, la prohibición de generar daños graves y sustanciales al medio ambiente, efectuado adrede o en violación de los deberes de diligencia debida y no justificado por necesidades militares (como una legítima defensa); forma parte de las normas perentorias de derecho internacional general, normas consuetudinarias o principios de carácter superior, y por ende, normas de *ius cogens*. Ello dada la estrecha relación que tiene el medio ambiente con la vida de las personas, a tal punto que cualquier daño al medio ambiente “*por revote*” afecta de algún modo al ser humano. Adicionalmente, Zlata Drnas de Clément basa dicha argumentación en el origen, naturaleza y contenido de los crímenes de Derecho Internacional vinculados a la afectación del medio ambiente, los cuales tienen una larga tradición histórica, consuetudinaria y jurídica³.

2 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión consultiva de la Corte Penal Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares*. 1996 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/212763/A_51_218-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y>

3 Cfr. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. “El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general” en *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, Buenos Aires, CICR, 2003, p. 291.

II. NOCIONES GENERALES SOBRE LOS CRÍMENES DE GUERRA

Como es sabido, el DIH, se encarga de los asuntos y el tratamiento de las víctimas de guerra por el enemigo. Dicho Derecho comprende los cuatro Convenios de Ginebra de 1948, referentes a la protección de las víctimas de guerra, sus dos Protocolos Adicionales de 1977⁴ y las normas consuetudinarias⁵.

Al respecto, el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra, referente a su ámbito de aplicabilidad situacional, indica que no se requiere de una situación formal de guerra o de reconocimiento de un estado de guerra para la aplicación de dichos Convenios, ya que las normas del DIH se emplean desde la apertura de las hostilidades, bastando únicamente la existencia de un conflicto armado entre dos o más partes. De igual modo, si tenemos en cuenta que la noción de conflicto armado es más general que la noción de guerra, cualquier litigio

que surja entre dos partes, conllevando la intervención de fuerzas armadas o similares, es un conflicto armado y por ende dará lugar a la aplicación de los Convenios de Ginebra, aun si una de las partes negare la existencia de un estado de guerra o conflicto y sin importar la duración de aquella, ni la cantidad de muertes⁶.

Es importante precisar que el 1 de julio de 2002 entró en vigor el ER, el cual instituye la CPI, entidad que tiene competencias permanentes para juzgar a los individuos responsables de la comisión de los crímenes más graves del Derecho Internacional, entre los que se encuentran los crímenes de guerra, genocidio, lesa humanidad y agresión⁷.

Respecto a los primeros, en el marco del ER, su artículo 8 estipula que la CPI tendrá competencia para juzgar los crímenes de guerra cuando se cometan como parte de un plan o política o, como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

4 Cfr. DINSTERIN, Yoram. "International Humanitarian Law" en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo, Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, p. 245.

5 El Comité Internacional de la Cruz Roja ha definido el Derecho Internacional Humanitario como: *"el conjunto de normas cuya finalidad, en tiempo de conflicto armado es, por una parte, proteger a las personas que no participan, o ha dejado de participar, en las hostilidades y, por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra. Para ser exactos, por Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, el Comité Internacional de la Cruz Roja entiende las normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria, que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar métodos y medios de hacer la guerra de su elección y proteger a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto"*. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Derecho Internacional Humanitario, respuesta a sus preguntas*, Ginebra, CICR, 2005, pp. 4-6.

6 Cfr. RAIMONDO, Fabián. *Corte Internacional de Justicia, derecho internacional humanitario y crimen internacional de genocidio*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2005, pp. 43-44.

7 Preámbulo, Artículos 1 y 5 del Estatuto de Roma. Cfr. CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE PLENIPOTENCIARIOS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 1998 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/234/15/PDF/N9823415.pdf?OpenElement>>

Asimismo, dicho artículo recoge una lista cerrada y exhaustiva de las actividades consideradas como delictivas tanto en el caso de conflictos armados internacionales como no internacionales.

Cabe precisar que en el referido artículo 8 se incluye un elemento del contexto, al requerir un plan, política o comisión a gran escala de tales crímenes. Ello se encuentra vinculado al carácter generalizado o sistemático de los actos criminales⁸. Sobre ello, que un hecho sea generalizado implica una gran cantidad de víctimas como resultado de muchos actos o por un solo acto descomunal; esto concuerda con lo señalado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Blaskic* al indicar que el término generalizado se refiere a la escala del ataque y al número de víctimas. Asimismo, que un hecho sea sistemático, implica que este se lleva a cabo siguiendo una política o un plan preconcebido que sirve de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque; lo que coincide por lo señalado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Semanza*, el cual manifestó que este término expresa que debe llevarse a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido⁹.

De igual modo, la jurisprudencia referida a los crímenes de guerra es unánime al requerir en estos un nexo evidente entre el hecho criminal y el conflicto armado en

conjunto, siendo solo necesario que se pueda establecer una relación con el conflicto¹⁰.

Finalmente, respecto a la protección ambiental que ofrece el ER mediante la tipificación de los crímenes de guerra, podríamos señalar que el resguardo más directo se encuentra en su artículo 8(2)(b)(iv) el cual tipifica como un crimen de guerra el lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará daños graves al medio ambiente natural que serán manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa del conjunto que se prevea. En tal sentido, a continuación analizaremos a detalle los elementos particulares de dicho crimen de guerra.

III. ANÁLISIS DEL CRIMEN DE GUERRA DE CAUSAR INCIDENTALMENTE DAÑOS GRAVES AL MEDIO AMBIENTE NATURAL

El primer elemento a destacar es que dicho crimen solo se encuentra circunscrito a conflictos armados internacionales. Ello llama curiosamente la atención dado que la mayor parte de las investigaciones de la CPI se encuentran referidas a conflictos armados de índole no internacional; siendo claro que el crimen de guerra materia de análisis acontece independientemente de la categoría que tenga el conflicto; lo que veremos en el punto siguiente del presente trabajo. En

8 Cfr. DELGADO, Paulo. *Crímenes internacionales: implementación del Estatuto de Roma al Código Penal peruano*, Lima, Motivensa, 2016, pp. 118 - 119.

9 Cfr. DELGADO, Paulo. *Crímenes internacionales: implementación del Estatuto de Roma al Código Penal peruano*, Op. cit., p. 107.

10 Cfr. DELGADO, Paulo. *Crímenes internacionales: implementación del Estatuto de Roma al Código Penal peruano*, Op. cit., p. 123.

tal sentido, se evidencia la urgencia de ampliar dicho tipo penal.

Por otro lado, si tenemos en cuenta el documento Los Elementos de los Crímenes, el cual es una fuente jurídica secundaria que ayuda a la CPI a la interpretación de los delitos del ER, el crimen analizado requiere que el ataque cause “daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”. De ello, se aprecia que dichos elementos son acumulativos, por lo que será necesaria la concurrencia de los tres para que se configure el crimen¹¹. No obstante, no se cuenta con una definición en el ER o en Los Elementos de los Crímenes que pueda ser empleada para interpretar dichos términos. Pese a ello, existen algunas referencias normativas que podrían ser usadas para dar solución a dicho problema.

El artículo 1.1 de la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Medioambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles de 1976 (en lo sucesivo ENMOD), recoge la expresión “efectos vastos, duraderos o graves”, contando con un anexo a dicho tratado que define el alcance de dichos términos: “Vasto” significa que el efecto cubre un área de al menos cientos de kilómetros cuadrados. “Duradero” significa que dura un período de meses o aproximadamente una temporada. “Grave” implica un disturbio o daño significativo a la vida humana, recursos económicos, o a otros bienes¹².

Corresponde traer a colación lo señalado por Zlata Drnas de Cléments sobre los aspectos antes señalado en la ENMOD: “(…). La República de Argentina argumentó en oportunidad de la Conferencia, que los términos “efectos vastos (extensos, difundidos), duraderos o graves”, debían interpretarse como destrucción, daños o perjuicios a medirse en decenios o que pudieran comprometer durante largo tiempo la supervivencia de la población a crear graves y duraderos problemas de salud. Sin embargo se manifestó inclinada a la supresión de las expresiones determinativas de los efectos (vastos, duraderos y graves), por un lado, para evitar problemas de interpretación y, por otro, para prohibir todo tipo de técnicas de fines destructivos o dañosos aun cuando no fueren de efectos extensos, duraderos o graves. El Grupo de Trabajo de la Conferencia entendió que la palabra “vastos” (extensos, difundidos) significaba que los efectos debían abarcar una región de varios centenares de km². Al respecto se señaló en la Conferencia que no se podía aplicar la misma vara de extensión a las zonas pobladas que a las deshabitadas, a las áreas desérticas que a las forestadas, a las de rica o particular diversidad biológica que a las de menor valor en materia de biodiversidad, etc. El mismo Grupo acordó que el término “duraderos” significaba que los efectos debían prolongarse por un periodo de meses o una estación del año al menos y que la expresión “graves” señalaba importantes perjuicios o perturbaciones para la vida

11 Cfr. Artículo 8(2)(b)(iv) de Los Elementos de los Crímenes. Cfr. COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Los Elementos de los Crímenes, 2000 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<http://hrlibrary.umn.edu/instree/S-iccelementsofcrime.html>>

12 BLACK, Colin. “Crímenes contra el medio ambiente en el contexto del derecho penal internacional” en *Lecciones de justicia internacional*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2008, p. 122.

humana, los recursos naturales, económicos o patrimoniales”¹³.

No obstante, en opinión de Colin L. Black emplear la definición consignada en la ENMOD para interpretar el ER no es viable por las siguientes razones: “*Primero, porque la formulación es distinta, y segundo, por si quedara lugar a dudas, el anexo dice explícitamente que sus definiciones no deberán servir para interpretar otros tratados*”¹⁴.

Pese a ello, de las cita antes mencionada se aprecia que los términos vasto, duradero y grave, hacen referencia a la extensión, tiempo y magnitud del daño ambiental producido; elementos que constituyen la relevancia del daño, es decir aquellas características que hacen que el daño ambiental se transforme en relevante e intolerable para el Derecho.

Referido a ello, Horacio Rossatti indica que: “*cierta doctrina considera que la línea divisoria entre la “relevancia” y la “irrelevancia” se vinculan con la posibilidad de la naturaleza de auto-regenerar lo destruido o degradado, distinguiendo las hipótesis de “alteración” (o daño “no relevante”), caracterizado como una consecuencia no irreversible provocada al ambiente que el propio sistema natural puede remediar, y la de “daño” caracterizado como “degradación que afecta la diversidad genética o los procesos ecológicos*

esenciales y que el sistema natural afectado no puede auto-regenerar”¹⁵.

De igual modo el fundamento cuadragésimo segundo de la Sentencia del 29 de noviembre de 2014 emitida por el Segundo Tribunal Ambiental chileno, indican que la significancia del daño deberá ser determinada caso a caso, y citando al profesor Jorge Bermúdez Soto y a la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientes, señala que el carácter significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural. No obstante, agrega que en ciertas hipótesis, los daños ambientales pueden acreditarse por la sola entidad de la conducta dañosa, o bien por aquello en que recaen. Por ejemplo, en el caso de ecosistemas especialmente sensibles, los daños podrían acreditarse por la sola ejecución de una actividad dañosa ilegal (en el caso que nos ocupa, el hecho criminal)¹⁶.

13 DRNAS DE CLEMENT, Zlata. “El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general” en *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, Op. cit., p. 291.

14 BLACK, Colin. “Crímenes contra el medio ambiente en el contexto del derecho penal internacional” en *Lecciones de justicia internacional*, Op. cit., p. 121.

15 ROSSATTI, Horacio. *Derecho Ambiental Constitucional*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 86.

16 Cfr. SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Sentencia emitida el 29 de noviembre de 2014. [ubicado el 14.VI.2017]. <http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20141202/asocfile/20141202174201/d_06_2014_29_11_2014_sentencia.pdf>

Conforme a lo antes mencionado, somos de la opinión que la relevancia del daño ambiental, vinculada a la extensión, tiempo y magnitud del daño ambiental producido, debe ser valorada caso por caso, teniendo en cuenta la capacidad de resiliencia del medio ambiente afectado y el estado en que este se encontraba con anterioridad al daño producido. Ello concuerda con lo señalado el Grupo de Trabajo de la ENMOD al indicar que no se podría aplicar la misma vara de extensión a los distintos hábitats y ecosistemas. No obstante, siguiendo la sentencia citada, ello no es obvio para que ante la afectación de medios especialmente sensibles, la sola ocurrencia del hecho causante del daño ambiental podría acreditar al mismo. Por ejemplo si se realiza un ataque a un Área Natural Protegida categorizada como una Zona de Protección Estricta¹⁷, el cual es un ecosistema especialmente sensible, bastaría únicamente con probar la existencia del ataque para demostrar el daño ambiental relevante.

Por otro lado, se aprecia que el artículo 8(2)(b)(iv) del ER exige de un dolo muy difícil de probar, al precisarse en los Elementos de los Crímenes que se requiere *“Que el autor haya sabido que el ataque causaría (...) daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural de magnitud tal que serían manifiestamente excesivos en relación con la*

ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”. Sobre este conocimiento, se pide que el autor haga el juicio de valor indicado, el cual debe fundarse en la información necesaria que este hubiese tenido en el momento del acto¹⁸.

Finalmente, Los Elementos de los Crímenes especifican que la expresión *“ventaja militar concreta y directa de conjunto”* hace referencia a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente, de modo que tal ventaja puede temporal o geográficamente, estar o no relacionada con el objeto del ataque¹⁹.

IV. ALGUNOS EJEMPLOS DE ESTE CRIMEN

Habiendo analizado legalmente el crimen de guerra de causar incidentalmente daños graves al medio ambiente, corresponde ahora mencionar algunos ejemplos, los cuales pese a no haber sido judicializados, ayudarán a poder aclarar en mejor medida este delito. Cabe precisar que dado que el crimen de guerra en mención se presenta tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, indistintamente se presentarán casos de ambos tipos, lo que ejemplificará la necesidad de ampliar el tipo penal del artículo 8(2)(b)(iv) del ER.

17 Ley N° 26834 – Ley de Áreas Naturales Protegidas: *“Artículo 23.- (...) a. Zona de Protección Estricta (PE): Aquellos espacios donde los ecosistemas han sido poco o nada intervenidos, o incluyen lugares con especies o ecosistemas únicos, raros o frágiles, los que, para mantener sus valores, requieren estar libres de la influencia de factores ajenos a los procesos naturales mismos, debiendo mantenerse las características y calidad del ambiente original. (...)”*. Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834. [ubicado el 23.VI.2017]. <<http://sinia.minam.gob.pe/normas/ley-areas-naturales-protegidas>>.

18 Cfr. Nota al pie de página 36 de Los Elementos de los Crímenes. Cfr. COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Los Elementos de los Crímenes*, 2000, Op. cit.

19 Cfr. Nota al pie de página 37 de Los Elementos de los Crímenes. *Ibidem*.

Pues bien, durante la Guerra de Vietnam en los años 60 y 70, los Estados Unidos de América emplearon el Agente Naranja²⁰ y otras sustancias químicas para defoliar enormes partes del país, con el propósito de eliminar la cobertura y alimento que los bosques proveían a su enemigo. No obstante dicha estrategia destruyó aproximadamente un tercio de la masa forestal de Vietnam, afectando gravemente la flora y fauna de dicho lugar. De igual modo, ejemplo de lo señalado al inicio del presente trabajo al resaltar que cualquier daño al medio ambiente afecta “*por revote*” al ser humano, durante los primeros años de la postguerra se presentó un número inusual de casos de cáncer en la zona donde se habrían efectuado dichas irrigaciones, al mismo tiempo se presentaron casos de nacimientos con malformaciones muy graves y nacimientos de siameses. Igualmente, veteranos estadounidenses, australianos y neozelandeses empezaron a tener dolencias y malestares idénticos a los de sus ex enemigos. Ante ello, más de 230 000 veteranos de guerra reclamaron indemnizaciones a siete compañías químicas productoras del Agente Naranja, dado que una ley norteamericana prohíbe implantar querellas contra dicho país por acciones de guerra. El principal argumento

de dichas reclamaciones recaía en la producción por parte de dichas compañías de grandes cantidades de herbicida sin preocuparse por eliminar la dioxina. Finalmente en 1984 las siete compañías productoras del herbicida (Dow Chemical, Monsanto, Diamond, Uniroyal, TH Hercules y Thompson) aceptaron en un tribunal de Nueva York la creación de un fondo de más de 162 millones de euros para cubrir los gastos médicos que requirieran las víctimas y sus hijos durante un periodo de 25 años. En contraste con ello, si bien en Vietnam también se efectuaron querellas contra dichas empresas, estas fueron desestimadas²¹.

Igualmente, durante la guerra entre Irak e Irán en los años 80 se produjeron daños graves al medio ambiente como producto de los ataques bélicos, ejemplo de ello es el bombardeo realizado por la aviación iraquí al campo petrolífero de Nowruz en marzo de 1983 que provocó una considerable marea negra. Según un responsable iraní, el equivalente a 150000 barriles de petróleo fue el que se escapó de dichas instalaciones petrolíferas. No obstante, otras estimaciones calculan que la fuga de petróleo alcanzó los 200000 barriles, creando una espesa mancha que cubrió una superficie de 12000 kilómetros cuadrados²².

20 “El Agente Naranja, del que se irrigaron más de cuarenta millones de litros entre 1962 y 1970 desde aviones estadounidenses sobre los bosques de Vietnam era un poderoso herbicida compuesto por una mezcla de dos productos químicos: el 2,4,5-T y el 2,4-D. El primero de ellos provoca la aparición de minúsculas cantidades de dioxina conocida como TDDD, el veneno más tóxico de los elaborados por el hombre, que en tiempos de la guerra nadie se preocupó de depurar. El defoliante destruía la foresta prácticamente en 24 horas, pero sus efectos iban a perpetuarse mucho más allá de que en esos terrenos no volviera a formarse una jungla. (...)”. ELDIARIO.ES. El Agente Naranja sigue matando en Vietnam cuarenta años después. 2015 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <http://www.eldiario.es/internacional/Agente-Naranja_0_383212103.html>.

21 Cfr. ELDIARIO.ES. El Agente Naranja sigue matando en Vietnam cuarenta años después. Op. cit.

22 Cfr. AGENCE FRANCE-PRESSE. “Marea negra” sin precedentes en el golfo Pérsico. 1983 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <http://elpais.com/diario/1983/04/18/sociedad/419464806_850215.html>.

Por otro lado, a principios de los años 90, durante la Primera Guerra del Golfo, se produjeron dos catástrofes ambientales relevantes. La primera de ellas referida al derrame de 1.3 millones de toneladas de crudo de Irak, en un intento de dicho país por dificultar el desembarco aliado; causando grandes daños al medio marino²³. El segundo se produjo cuando las fuerzas iraquíes, mientras huían de vuelta a Irak, prendieron fuego a casi 700 pozos petrolíferos de Kuwait, como parte de una estrategia de “*tierra quemada*”²⁴. El humo de los incendios alteró las condiciones meteorológicas y la calidad del aire durante todo el año 1991²⁵. La zona ardió durante siete meses, cabe resaltar que la acción de los bomberos se dificultó dado que se habían colocado minas alrededor de los pozos. Como consecuencia de ello, se formaron lagos de petróleo, cayó “*lluvia negra*” y un 5% del suelo se cubrió de “*alquitranato*” (arena combinada con aceites y hollín endurecidos por el fuego)²⁶.

Igualmente se podría citar la destrucción deliberada de los enormes pantanos que se localizan al sur de Irak por parte del

gobierno Saddam Hussein. Como represalia por la insurrección chií durante la Guerra del Golfo, sistemáticamente se desvió los ríos Tigris y Eufrates para transformar los pantanos en desierto y así eliminar los recursos de las tribus árabes que vivían allí, en su mayoría chiíes. En el año 2000, entre el 80% y el 90% de los pantanos estaban secos y las repercusiones sobre las poblaciones no tardaron en notarse, cerca de 10 mil personas se trasladaron a vivir en campamentos en Irán o a refugiarse en otros lugares en Irak²⁷.

Finalmente no podemos dejar de mencionar los conflictos armados acontecidos en Colombia en los cuales las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN) realizaron ataques contra infraestructuras petroleras (red de oleoductos y camiones cisterna), causando daños ambientales incalculables en sectores de la selva amazónica. Uno de dichos ataques ocurrió el 8 de junio de 2009 cuando dichas fuerzas beligerantes obligaron a choferes de 19 camiones cisterna a abrir las válvulas de los tanques. Unos 5000 barriles de petróleo causaron

23 Cfr. 20MINUTOS EDITORA. *La lita más negra: Más de 130 desastres por vertidos de petróleo desde 1960*. 2010 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<http://www.20minutos.es/noticia/728547/0/vertidos/petroleo/claves/>>.

24 Dicha táctica militar consiste en destruir totalmente lo que pueda serle útil al enemigo (alimentos, refugios, transporte u otra posibilidad de suministro), cuando una fuerza avanza a través de un territorio o se retira de él. Ello con la finalidad de retrasar o detener el avance enemigo al buscar dejarlo sin recursos que aprovechar o limitando sus movimientos.

25 Cfr. EDICIONES EL PAÍS. *El incendio de los pozos de Kuwait provoca cambios de clima, según los expertos*. 1991 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <http://elpais.com/diario/1991/11/08/sociedad/689554816_850215.html>.

26 Cfr. GRUPO ECOTICIAS. *Los 10 peores desastres ambientales de la historia*. 2015 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<http://www.ecoticias.com/naturaleza/106274/10-peores-desastres-ambientales-historia>>.

27 Cfr. BBC. *Vuelve el agua al pantano*. 2005 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid_4179000/4179784.stm>.

daños a la fauna y flora en un sector de la selva amazónica, en el departamento de Putumayo, fronterizo con Ecuador y Perú. Otro ataque aconteció el 22 de junio de 2009 tras un atentado con explosivos que rompió el oleoducto Trasandino, cerca del puerto de Tumaco en la costa del Pacífico, dicho ataque dejó sin agua a 200000 habitantes de dicho puerto, dado que la mancha de petróleo alcanzó los 80 kilómetros de extensión y afectó su sistema de acueducto. Asimismo, un estudio de la Asociación Colombiana de Petróleo (ACP), indicó que los ataques de dichas fuerzas beligerantes han causado el derrame de 4.1 millones de barriles de crudo en los últimos 30 años, causando daños en ríos, cultivos, selvas y zonas forestales protegidas de magnitud incalculable²⁸.

Conforme se aprecia de los ejemplos antes mencionados, es importante resaltar lo siguiente:

- a) El crimen bajo análisis se presenta tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, lo que evidencia de un modo tangible la necesidad de ampliar el tipo penal.
- b) Se aprecia que no es importante la duración del conflicto o una declaración formal de guerra.
- c) Los actos criminales se cometieron como parte de un plan o política que condice el ataque, como por ejemplo el empleo del Agente Naranja en Vietnam por los Estados Unidos de América o la aplicación de la estrategia de

“tierra quemada” por Irán en la Primera Guerra del Golfo.

- d) Dichos ataques se realizaron a gran escala, afectando extensiones bastas de territorio, lo que evidencia el cumplimiento del requisito de efectuar un ataque generalizado, el cual puede efectuarse en varios actos o en uno solo de gran envergadura.
- e) Existe un nexo entre el hecho criminal y el conflicto armado en conjunto, como por ejemplo en el caso del derrame de crudo de Irak en la Primera Guerra del Golfo, se buscaba evitar el desembarco aliado o en el caso de la destrucción de los pantanos al sur de Irak por parte del gobierno de Saddam Hussein, este se realizó para eliminar los recursos de los chiíes en represalia a su insurrección en la guerra.
- f) Respecto a los daños extensos, duraderos y graves al medio natural, se puede ver que los casos mencionados han tenido efectos dañinos sobre áreas muy amplias, durante un largo periodo de tiempo, algunos con efectos incluso durante la etapa de postguerra y adicionalmente todos los daños fueron significativos para el medio ambiente, teniendo en cuenta el estado en que se encontraba con anterioridad al daño y la superación de la capacidad de resiliencia del medio ambiente.
- g) Finalmente, es apreciable claramente que los autores conocían que dichos

28 Cfr. DEUTSCHE PRESSE-AGENTUR. *El medio ambiente, víctima en la guerra de Colombia*. 2009 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<http://www.ngenespanol.com/naturaleza/ecologia/15/07/8/el-medio-ambientevictimaelnaguerradecolombia/>>.

ataques causarían daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente, los cuales resultan excesivos en comparación con la ventaja militar que se busca obtener, la cual era previsible en el momento en que se tomó la decisión de atacar. Por ejemplo en el caso del bombardeo al campo petrolífero de Nowruz, el derrame del petróleo en el mar y el consecuente daño ambiental era un hecho evidente de predecir desde el momento que se decidió el bombardeo y era un ataque militar que vulnera los deberes de diligencia debida y no justificable teniendo en cuenta el daño ambiental generado al medio marino y las necesidades militares.

Conforme lo anterior, se aprecia que todos los ejemplos cumplen los requisitos esenciales para ser considerados crímenes de guerra, de acuerdo al tenor del artículo 8(2) (b)(iv) del ER.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo con el análisis realizado, la protección que el ER otorga al medio ambiente mediante el crimen tipificado en el artículo 8(2)(b)(iv) resulta compleja, resultado difícil probar la responsabilidad criminal bajo este artículo, dados

los requisitos altamente garantistas que se han incluido en la tipificación, que lo han vuelto más exigente que las normas consuetudinarias reconocidas por el Comité Internacional de la Cruz Roja. De igual modo, las lagunas existentes, susceptibles a interpretación evidenciarían la falta de claridad legal de dicho artículo, ambigüedad que podría chocar con el principio *nullum crimen sine lege*²⁹.

Encontramos antecedentes de dichos problema en el caso suscitado en 1999 durante el conflicto de la ex Yugoslavia, en donde la OTAN bombardeó el complejo industrial de Pancevo, generando el vertido de grandes cantidades de sustancias químicas peligrosas a la tierra y al río Danubio. En el año 2000, ante la llegada allí de un comité de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se preparó un informe sobre dicho caso, en donde luego de analizar el derecho humanitario aplicable a los daños ambientales, el comité concluyó que no existía suficiente base para abrir una investigación formal, alegando obstáculos legales, además de la incertidumbre científica sobre la amplitud de los daños y sus causas. Ello evidenciaría la necesidad de mejorar la claridad en la tipificación de dicho crimen de guerra³⁰.

Finalmente, algo que hemos resaltado a lo largo del presente trabajo es que el

29 Cfr. BLACK, Colin. "Crímenes contra el medio ambiente en el contexto del derecho penal internacional" en *Lecciones de justicia internacional*, Op. cit., p. 122.

30 Cfr. PROSECUTOR BY THE COMMITTEE ESTABLISHED TO REVIEW THE NATO BOMBING CAMPAIGN AGAINST THE FEDERAL REPUBLIC OF YUGOSLAVIA. *Final Report*. 2000 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<http://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>>.

crimen de guerra de causar incidentalmente daños graves al medio ambiente debe ser ampliado a todos los tipos de conflictos armado, y no solo restringirse a los de índole internacional, dado que los actos criminales se producen en todo conflicto independientemente de su categoría.

En tal sentido, urge la necesidad de solucionar dichos problemas de tipificación en el artículo 8(2)(b)(iv) del ER a fin de poder dotar de una protección real al medio ambiente constantemente amenazado por los conflictos armados que se suscitan en el planeta.

BIBLIOGRAFÍA

- 20MINUTOS EDITORA. *La lita más negra: Más de 130 desastres por vertidos de petróleo desde 1960*. 2010 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<http://www.20minutos.es/noticia/728547/0/vertidos/petroleo/claves/>>.
- AGENCE FRANCE-PRESSE. “Marea negra” sin precedentes en el golfo Pérsico. 1983 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <http://elpais.com/diario/1983/04/18/sociedad/419464806_850215.html>.
- BBC. *Vuelve el agua al pantano*. 2005 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid_4179000/4179784.stm>.
- BLACK, Colin. “Crímenes contra el medio ambiente en el contexto del derecho penal internacional” en *Lecciones de justicia internacional*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2008.
- COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Los Elementos de los Crímenes*, 2000 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<http://hrlibrary.umn.edu/instree/S-iccelementsofcrime.html>>.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Derecho Internacional Humanitario, respuesta a sus preguntas*, Ginebra, CICR, 2005.
- CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE PLENIPOTENCIARIOS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 1998 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/234/15/PDF/N9823415.pdf?OpenElement>>.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834. [Ubicado el 23.VI.2017]. <<http://sinia.minam.gob.pe/normas/ley-areas-naturales-protégidas>>.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión consultiva de la Corte Penal Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares*. 1996 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/212763/A_51_218-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y>.
- DELGADO, Paulo. *Crímenes internacionales: implementación del Estatuto de Roma al Código Penal peruano*, Lima, Motivensa, 2016.
- DEUTSCHE PRESSE-AGENTUR. *El medio ambiente, víctima en la guerra de Colombia*. 2009 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<http://www.ngenespanol.com/naturaleza/ecologia/15/07/8/el-medio-ambientevictimaelaenlagueradecolombia/>>.

- DINSTERIN, Yoram. "International Humanitarian Law" en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo, Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993.
- DRNAS DE CLEMENT, Zlata. "El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general" en *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, Buenos Aires, CICR, 2003.
- EDICIONES EL PAÍS. *El incendio de los pozos de Kuwait provoca cambios de clima, según los expertos*. 1991 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <http://elpais.com/diario/1991/11/08/sociedad/689554816_850215.html>
- ELDIARIO.ES. *El Agente Naranja sigue matando en Vietnam cuarenta años después*. 2015 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <http://www.eldiario.es/internacional/Agente-Naranja_0_383212103.html>
- GRUPO ECOTICIAS. *Los 10 peores desastres ambientales de la historia*. 2015 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<http://www.ecoticias.com/naturaleza/106274/10-peores-desastres-ambientales-historia>>
- PROSECUTOR BY THE COMMITTEE ESTABLISHED TO REVIEW THE NATO BOMBING CAMPAIGN AGAINST THE FEDERAL REPUBLIC OF YUGOSLAVIA. *Final Report*. 2000 [ubicado el 23.VI.2017]. Obtenido en: <<http://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>>
- RAIMONDO, Fabián. *Corte Internacional de Justicia, derecho internacional humanitario y crimen internacional de genocidio*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2005.
- ROSSATTI, Horacio. *Derecho Ambiental Constitucional*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Sentencia emitida el 29 de noviembre de 2014. [Ubicado el 14.VI.2017]. <http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20141202/asocfile/20141202174201/d_06_2014_29_11_2014_sentencia.pdf>

LAS NOTAS CARACTERISTICAS DEL DELITO DE FUNCIÓN

SUMARIO: CONSIDERACIONES PREVIAS; I. DELITO DE FUNCIÓN; II. EL DELITO DE FUNCIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA; III. ESTADO DE LA CUESTIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; IV. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DELITO DE FUNCIÓN. RECOMENDACIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Aún vivimos en el camino aletargado hacia la claridad del concepto de delito de función. Muchos caminos se han abierto en su interpretación, que han generado decisiones contradictorias, lo que, a decir verdad, ha confundido a más de un intérprete, lo que, hace necesario un pequeño estudio sobre la configuración del llamado “delitos de función”, con el único afán de aclarar su concepto, lo que será posible con un pequeño estudio sobre el estado de la cuestión del delito de función en las diferentes líneas, ya sea en el ámbito de la justicia militar comparada, jurisprudencial y legal.

1 Abogada, Magister en Gestión de Políticas Públicas, Doctora en Derecho por la Escuela de Post Grado de la Universidad Federico Villareal, Maestría concluida en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Especialista en argumentación en el Estado Constitucional, Conciliadora Extrajudicial, Árbitro de Derecho.

ABSTRACT

We still live in a dormant way to clarify the concept of function crime. As there are many interpretations, conflicting decisions have arisen, which, in fact, have confused more than one interpreter. Therefore, it is necessary a small study on the setting up of the so-called “crimes of function”, with the only intention of clarifying such concept. This will be possible with a small study on the function crime status, in different ways, like the compared, jurisprudence and legal military justice field.

CONSIDERACIONES PREVIAS

En el transcurso de la redacción de este artículo resaltaré aspectos relevantes que han delimitado el delito de función, como resultado del análisis de sentencias de inconstitucionalidad respecto a diversos artículos de los códigos de justicia militar policial y especialmente del último control constitucional realizado al Decreto Legislativo N° 1094, Código Penal Militar Policial vigente, siendo esta la última de las decisiones del Tribunal Constitucional que restringe, aún más, la competencia del Fuero Militar Policial sobre los delitos de función, lo que se colige del fundamento 73 de la Sentencia, en la que el Tribunal, citando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, menciona lo siguiente;

“... Naturalmente que la intervención del fuero militar será extraordinaria y limitada al juzgamiento de los delitos

de función. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que

En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (Caso Radilla c. México, Fundamento 272)...”

En ese sentido, el Fuero Militar ha sufrido la mutilación evolutiva de su titularidad en el tratamiento de los delitos de función, lo cual, como es natural en todo proceso dinámico que no garantiza estabilidad, ha generado diversas interpretaciones respecto a la calificación del delito de función como una resistencia a la pérdida de la competencia de una amplia gama de delitos que en su momento también fueron delitos de función.

Sin embargo, en la actualidad, luego de diversas posturas especialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, y como material básico la Constitución Política del Perú y el Código Penal Militar Policial podemos afirmar que contamos con las herramientas necesarias

2 Artículo IX.- Función de la pena y de las medidas de seguridad

1. La pena tiene función sancionadora y preventiva.

2. Las penas y las medidas de seguridad se adecúan a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, previstos en el presente Código.

para realizar la correcta calificación del delito de función y adentrarnos en un proceso eficaz para cumplir la función de la pena² y, por ende, garantizar la protección de los bienes jurídicos protegidos de las Instituciones Castrenses, manteniendo incólume la disciplina como elemento imprescindible para su existencia.

En ese orden, resulta fundamental para la viabilidad de un proceso en el Fuero Militar Policial, realizar una adecuada calificación del *delito de función*, establecido en el Artículo 173³ de la Constitución Política del Perú. Esta calificación requiere de la observancia no solo de la prescripción que implica correlacionar un caso individual con una solución normativa⁴ sino de los presupuestos inherentes al delito de función, que tienen su origen en las situaciones fácticas del quehacer estrictamente militar.

Es conocido por la comunidad militar y policial, en específico por el cuerpo jurídico militar policial, como intérpretes del Código Penal Militar Policial, que el delito de función tiene una estrecha relación entre la vulneración de bienes jurídicos protegidos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional y la finalidad constitucional para lo cual se han creado las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú; menciono ello porque en el Fuero Militar Policial se vienen dando diversas interpretaciones sobre el delito de función,

muchos de los cuales han generado procesos ineficaces, resoluciones carentes de una adecuada motivación respecto al delito de función, lo que podría disminuir si realizamos una adecuada calificación.

Bien, desarrollaré el tema empezando por el marco conceptual del delito de función, para luego adentrarme en su tratamiento en el derecho comparado y posteriormente hurgar en el estado de la cuestión del delito de función en la jurisprudencia, especialmente del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. DELITO DE FUNCIÓN

Un acercamiento al concepto del delito de función nos da el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial⁵ el mismo que consiste en una conducta ilícita cometida por un militar o policía en situación de actividad, en acto de servicio o con ocasión de él, y que atente contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Este concepto, no nos ofrece mayores luces y deja al libre albedrío del intérprete respecto a la determinación de los bienes jurídicos dentro de los amplios parámetros que le da el enunciado establecido en el artículo II, ello se acredita en las calificaciones realizadas especialmente en las Disposiciones

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

4 José Juan Moreso y Josep Maria Vilajosana "Aplicación del Derecho"- Interpretación y aplicación pg-177.

5 Artículo II del Código Penal Militar Policial- Decreto Legislativo N° 1094.

Fiscales, manteniéndose el error en las Resoluciones judiciales.

En un estudio⁶ realizado en la Universidad San Martín de Porras, sobre el delito de función se señala que es un delito especial impropio que sirve como agravante frente a sus correlativos delitos comunes que regula el Código Penal⁷. Establece para su configuración, un criterio formal o de ubicuidad y uno material.

El criterio formal con arreglo al cual todos los delitos que contiene el Código de Justicia Militar, serían delitos de función y el criterio material, en mérito al cual cabría reconocer que el adjetivo «función» que califica al sustantivo «delito» sugiere que el bien jurídico protegido guarda relación con las finalidades, organización y/o funciones que constitucionalmente le corresponden a las FFAA y PNP⁷.

En particular no comparto el criterio realizado por el citado estudio al denominar al delito de función impropio y tener la calidad de agravante respecto a delitos comunes, porque la jurisdicción militar policial es un fuero especial con sus propias características derivadas del mandato constitucional en concordancia con la finalidad constitucional de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, mantiene un tratamiento excepcional en la determinación de los

delitos de función, en razón a las características de los sujetos activos.

En el Informe Defensorial (1998), el delito de función implica, la presencia de un sujeto activo militar (o policial), y de un bien jurídico militar (o policial) afectado, de modo que al faltar cualquiera de dichos elementos, quedaría desintegrada la noción del delito de función para dar paso a la de un delito de características comunes. Cabe indicar que el sujeto pasivo de los delitos militares siempre reviste un carácter institucional, dados los bienes jurídicos estrictamente castrenses que se busca proteger⁸.

Los elementos que menciona el citado informe serían los elementos básicos pero no suficientes para la configuración del delito de función.

II. EL DELITO DE FUNCIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Se hace mención sobre algunos países que han legislado sobre jurisdicción militar, y en algunos se puede observar que basta el aspecto formal, es decir la tipificación del delito en el Código Penal Militar para procesar a los militares o policías por infracción a la ley militar o policial.

Brasil. El alcance del código de justicia militar es una de las más amplias en

6 Borjas Saavedra, Elizabeth y otros en un estudio sobre; “La Jurisdicción Militar en el Perú”, 2008 citando a MEINI, Iván, “La Reforma del Derecho Penal Militar, Anuario de Derecho Penal”, 2001-2002, Lima, 2002, pág. 13.

7 Borjas Saavedra, Elizabeth y otros en un estudio sobre; “La Jurisdicción Militar en el Perú”, 2008 citando a FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, La jurisdicción militar en España, en BIDART CAMPOS, Germán, PALOMINO MANCHEGO, José F. y Otros: Jurisdicción militar y constitución en Iberoamérica, UNMSM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, Perú, 1997. Pg. 14.

8 Informe Defensorial 6-64, Lima, 4 de marzo de 1998.

su aplicación y la competencia de su fuero tiene alcance a delitos que no tienen, necesariamente, un vínculo estrecho con la defensa nacional.

El artículo 9° del Código Penal Militar de Brasil, considera delito todo cuanto se trata en el Código Penal Militar⁹.

Guatemala. Este código establece como infracciones penales militares tanto a los delitos y faltas tipificados en el Código, de manera similar al Código Penal Militar de Brasil

El artículo 1° del Código establece que son delitos o faltas militares, las acciones u omisiones que se oponen a los fines del Ejército o a su moral o disciplina, y que se hallan penados por la Ley¹⁰.

México. El código penal militar mexicano establece como una condición para la comisión de delitos contra la disciplina militar cuando se cometan en campaña, considerando que los delitos cometidos fuera de ese supuesto serán juzgados por los tribunales federales ordinarios. En ese sentido se puede colegir que la competencia del fuero militar sería limitada solo al conocimiento de delitos cometidos por los militares en situación de actividad que cometa delitos tipificados en el código encontrándose en campaña.

(...) Artículo 57.- Son delitos contra la disciplina militar:

I.- Los especificados en el Libro Segundo de este Código, con las excepciones previstas en el artículo 337.

II.- Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos.

a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;

b) Que fueren cometidos por militares en un buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente, siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar.

d) Que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera.

e) *Que el delito fuere cometido por militares en conexión con otro de aquellos a que se refiere la fracción I*¹¹ (...)

Nicaragua. El código nicaragüense establece un tratamiento de delitos y faltas, cometidos por un militar en situación de actividad. La regla general es que los delitos son de carácter doloso siendo que los delitos culposos deben tener una descripción expresa al igual que el Código Penal Militar peruano.

9 Art. 9, Código Penal Militar Brasil.

10 Decreto N° 214- Art. 1 Código Militar Guatemala.

11 Art 57, Código de Justicia Militar de México.

Artículo 31.- Delitos y Faltas Penales Militares.

Son delitos o faltas militares, las acciones u omisiones dolosas o imprudentes, calificadas y penadas por este Código.

Cuando este Código tipifica una conducta lo hace a título de dolo. Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga el presente Código.

Artículo 32.- Delitos y Faltas Penales Militares por Omisión

*Los delitos o faltas por omisión, son aquellos que consistan en la producción de un resultado y podrán entenderse realizados sólo cuando el no evitarlo infrinja un especial deber jurídico del autor y equivalga, según el sentido estricto de la ley a asegurar el resultado*¹².

Paraguay. También este código considera la clasificación de delitos y faltas y las infracciones pueden revestir dolo o culpa, sin embargo establece como una condición para la comisión de un delito militar, el haberlo cometido en tiempo de guerra.

ART. 1°.- Constituye delito militar toda acción u omisión que este Código, las Leyes militares, los Bandos militares en tiempo de guerra y los Reglamentos, sancionan con una pena.

*ART. 2°.- Se considerarán faltas a la disciplina militar todas las acciones u omisiones que importen quebrantamiento de los deberes militares o violación de los Reglamentos u Órdenes de los superiores, relacionados con el Servicio, que no alcancen a constituir delito*¹³.

Uruguay. En el mismo sentido este Código considera el principio de lesividad para clasificar las infracciones en delitos y faltas, considerando además el elemento formal como requisito necesario para la configuración del delito. Asimismo limita su aplicación en tiempo de guerra y a la condición de militar en actividad, precisando que ante la participación de civiles en el delito, deberán ser procesados en la jurisdicción ordinaria.

*Constituyen delito militar los actos que este Código, las leyes militares, los bandos militares en tiempo de guerra y los Reglamentos del Ejército y la Marina, sancionan con una pena*¹⁴.

Venezuela. Este Código en particular, admite faltas y delitos, delito frustrado y tentativa. Asimismo contiene un abanico de delitos considerando como básico el elemento formal para la configuración de un delito militar.

*Toda acción u omisión que este Código tenga declarado como tal*¹⁵.

Como se ha podido precisar, en cada uno de los códigos evaluados, se determina

12 LEY N°. 566 Código Penal Militar Nicaragua, publicada en La Gaceta No. 04 del 05 de Enero del 2006.

13 Código Penal Militar de PARAGUAY Sancionada el 18 de diciembre de 1980, Promulgado el 19 de diciembre de 1980.

14 Art. 1. Código Penal Militar. Uruguay.

15 Art. 384 Código de Justicia Militar (C.J.M) Venezuela.

que a diferencia del Código Penal Militar Peruano, los citados códigos no han sufrido tantas alteraciones en la limitación de su competencia como el peruano, ello debido a que algunos de ellos solo se aplican en tiempos de guerra y otros, como el brasileiro, establecen un catálogo amplio de delitos que no necesariamente revisten requisitos especiales tales como el de los bienes jurídicos protegidos, ya que también tipifica delitos contra el patrimonio y otros que en el Perú han sido reservados para la jurisdicción ordinaria.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El delito de función en el Perú, ha pasado por una serie de modificaciones producto de cuestionamientos, traducidos en sentencias de inconstitucionalidad, que han ido limitando la competencia del Fuero Militar Policial, ello ha generado cambios sustanciales en su calificación y por ende, un tratamiento restringido de los tipos penales del Nuevo Código Penal Militar Policial que, *per sé*, no configuran delito de función, ya que será necesario considerar además del enunciado de tipo penal, elementos necesarios para una calificación fuerte y consistente, libre de cuestionamientos y difícil de destruir.

Bien, el itinerario del delito de función fue tortuoso, porque la competencia del Fuero Militar Policial ha sido atacada por muchas instituciones que cuestionaron la legitimidad constitucional de los anteriores códigos penales militares policiales.

En ese sentido revisaremos la secuencia de la mencionada modificación a efectos de conocer los criterios que en la actualidad se deben observar en la calificación del delito de función militar policial.

El Informe Defensorial N° 104 (2008)¹⁶ respecto a la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 961, haciendo mención a las sentencias¹⁷ del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad del citado Decreto Legislativo, extrae que los criterios declarados inconstitucionales por las citadas sentencias que se traducen en;

- a) ***El criterio formal o de mera tipificación.*** De acuerdo a este criterio, para definir si un delito es o no de función, basta que se encuentre tipificado como tal en el Código de Justicia Militar u otra norma especial.
- b) ***El criterio del fuero personal.*** Según este criterio, el delito de función militar se encuentra definido por la condición de militar o policía del sujeto activo o del sujeto pasivo o víctima del delito.
- c) ***El criterio del lugar de comisión del delito.*** Este criterio señala que lo que

16 Informe Defensorial N° 104 del 2008, sobre la Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley N° 28665 y el Decreto Legislativo N° 961.

17 Exp. N° 0017-2003-AI/TC y Exp. N° 0023-2003-AI/TC, citado en el Informe Defensorial N° 104 del 2008.

define un delito de función es el lugar de comisión del hecho delictivo. Así, basta que el injusto se verifique, por ejemplo, en un recinto militar o zona bajo el control de las Fuerzas Armadas, para que nos encontremos frente a un delito castrense.

- d) **Los criterios de ocasionalidad y causalidad.** *Estos dos criterios señalan que basta que el delito sea cometido con ocasión o a causa del ejercicio de funciones militares o policiales, para estar frente a un delito de función.*

En la actualidad, para calificar el delito de función de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1094, no se podrá considerar los citados criterios de manera concurrente, sin embargo dentro del concepto de delito de función establecido en el Código Penal Militar Policial, se encuentran dentro de los presupuestos la condición de militar o policía como sujeto activo, en situación de actividad, en acto de servicio o con ocasión de él; poniendo énfasis en los bienes jurídicos protegidos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, los mismos que son generales ya que habrá que determinar, en casos concretos, cuando se está vulnerando por ejemplo, la existencia como bien jurídico protegido, el mismo que será tarea de la jurisprudencia militar policial.

La línea del Tribunal Constitucional con relación a la calificación del delito de función ha sido uniforme en el sentido que en diversas sentencias ha ido delimitando la aplicación de Código Penal Militar a los delitos que guarden relación con el elemento formal, elemento material, status de militar o de policía en situación de actividad

y el vínculo de causalidad entre el militar o policía con la comisión del delito; en consecuencia, los delitos que no tengan una relación estrecha con los fines constitucionales tal como rezan las sentencias, no son de competencia del Fuero Militar Policial.

Considero que el Tribunal Constitucional desde 2003 ya estableció la tesis del delito de función, al determinar que la conducta del militar o policía debe afectar necesariamente un bien jurídico de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional; luego esta tesis ha sido determinada también en las sentencias de la Corte Interamericana, como en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, donde la Corte ha precisado que los delitos ventilados primigeniamente en el fuero común sean de competencia de la jurisdicción militar, *siempre que tengan relación directa y próxima con la función y bienes jurídicos castrenses a propósito del análisis realizado sobre vulneración a los derechos humanos.*

En el expediente N° 0017-2003-AI/TC, se han establecido las características básicas de los delitos de función en el siguiente sentido:

“(...) El delito de función se define como “aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”. Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico “privativo” de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad.

Dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. La tutela anteriormente señalada debe encontrarse expresamente declarada en la ley.

Entre las características básicas de los delitos de función se encuentran las siguientes:

A) En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de “función” o “militar”, es preciso que:

i. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado

institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).

Por ende, no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona.

ii. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

B) *En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.*

C) *En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.*¹⁸

La citada sentencia ha sido el antecedente sobre el cual el Tribunal Constitucional ha construido los límites formales y materiales del delito de función, como límite formal que los delitos se encuentren tipificados en el Código Penal Militar, siendo que solo los tipos penales establecidos en el código penal militar policial como enunciados son delitos de función, pero eso no basta, ya que se requiere el elemento material relacionado con los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y que estos bienes jurídicos se relacionen con los fines constitucionales y legales. Tal como se describe en la sentencia respecto a los bienes jurídicos relacionados con la finalidad constitucional y legal no genera convicción específica ya que los bienes jurídicos propios relevantes para la existencia, operatividad, organización y funciones de las Fuerzas Armadas se tendrán que determinar en cada caso concreto, pero jamás esa determinación podrá exacerbar los límites relacionados con la finalidad constitucional de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, es decir, el Fuero Militar Policial no puede ventilar procesos relacionados con la vulneración de los derechos fundamentales de sus miembros en ninguna circunstancia, por ejemplo los hechos derivados de un proceso administrativo por acoso sexual no pueden configurarse como delito de función porque no se encuentran acorde con la tesis funcional asumida por la sentencia y que guarda concordancia con la finalidad constitucional de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Por otro lado, la citada sentencia exige la existencia de cierta gravedad, es decir no cualquier infracción al Código Penal Militar es un delito ya que deberá estar revestido de una considerable lesividad o puesta en peligro, para generar una sanción penal.

En suma, no basta el elemento formal del delito sino el material además de la aplicación del principio de lesividad y la vulneración a un deber militar, del militar o del policía en situación de actividad, en acto de servicio o con ocasión de él.

La Sentencia 0012-2006-PI/TC derivada de un proceso de Inconstitucionalidad toma como base la sentencia N° 0017-2003-AI/TC, analizada anteriormente, agregando algunas precisiones, que se refieren a la aplicación restrictiva de los tipos penales establecidos en el Código Penal Militar Policial, mencionando que las conductas deben derivar de un deber estrictamente militar y ante una duda en su calificación, deberá dirimirse en favor de la jurisdicción ordinaria, siendo las precisiones establecidas en el siguiente sentido;

(...) 38. A lo antes expuesto, deben agregarse las siguientes precisiones:

a) Teniendo en cuenta que el Poder Constituyente ha circunscrito al Código de Justicia Militar únicamente la consagración de aquellas normas *penales que contengan los delitos de función, la interpretación de la expresión «delito de función» debe realizarse de modo «restrictivo» y no «extensivo». En efecto, en la interpretación que realicen tanto el Legislador Penal como los jueces sobre si una determinada conducta debe ser considerada como un delito de función militar o policial, o un delito ordinario, debe emplearse un criterio restrictivo, es decir, limitado o ceñido exclusivamente a aquellas conductas que claramente tengan una índole militar o policial debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, de modo tal que, de un lado, de existir dudas en cuanto a la tipificación*

de una determinada conducta como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas deben resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria; y, de otro lado, de existir dudas en cuanto a la interpretación de si una determinada conducta constituye o no delito de función (en el caso del juzgador), tales dudas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario y por lo tanto susceptible de ser conocido por la jurisdicción ordinaria.

(...) De acuerdo a lo antes expuesto y conforme se desprende del artículo 173° de la Constitución, no son delitos de función y, por lo tanto no son susceptibles de protección mediante el Código de Justicia Militar, bienes jurídicos tales como los derechos fundamentales. En efecto, derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la igualdad, la libertad sexual, el honor, la intimidad, entre otros, no constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por lo que deben ser protegidos por la legislación ordinaria. Para que se configure un delito de función no basta con que la conducta prohibida sea realizada por efectivos militares en actividad y en acto del servicio o con ocasión de él, sino principalmente que tal conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses¹⁹ (...)

La sentencia derivada del Expediente 00022-2011-PI/TC del 8 de julio de 2015, dilucidada en un proceso de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N°

1094 y N° 1095, el Tribunal Constitucional considera en su análisis los antecedentes de la sentencias anteriormente citadas así como las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs. México y otros, la diferencia con las sentencias analizadas radican, en la descripción de los elementos de función de manera concurrente, de acuerdo a lo establecido en su fundamento 77 y siguientes que hacemos mención;

(...) Elementos del delito de función

77. La calificación o no de un delito como de función dependerá de que en cada caso se verifique la concurrencia de sus 3 elementos: (i) elemento subjetivo; (ii) elemento funcional; y (iii) elemento objetivo.

B.2.1).1 Elemento subjetivo

78. El elemento subjetivo está referido a la determinación del grupo de sujetos a quienes se le puede válidamente imputar la comisión de un delito de función a título de autores o partícipes. De acuerdo a la Constitución, están sujetos al fuero castrense los miembros de las FFAA y de la PNP. (...)

B.2.).2 Elemento funcional

81. La conducta típica debe originarse en un acto del servicio o con ocasión de él, infracción que debe revestir cierta gravedad y justificar el empleo de una conminación y una sanción penal. Los tribunales militares solo están habilitados, ergo, para juzgar de los asuntos constitutivos de infraccio-

19 Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO JURISDICCIONAL 0012-2006-PI/TC del 15 de diciembre de 2006 PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD, demanda interpuesto por el Colegio de Abogados de Lima.

nes cometidas por el sujeto activo en ejercicio de sus funciones. Se requerirá que la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma una actuación legítima enmarcada en las funciones encargadas por la Constitución o las leyes a las FFAA o a la PNP.

82. Asimismo, es preciso que exista una relación normativa entre la actividad del policía o militar –función encomendada– y la comisión del delito. Con esto se quiere decir que el delito de función debe ser entendido como el quebrantamiento de un deber institucional que forma parte del rol jurídico que corresponde desarrollar a militares y policías en la sociedad. Así, para que un delito sea de competencia penal militar policial debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio; esto es, el hecho punible debe surgir como un abuso de poder –o una extralimitación– ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. La inexistencia de este nexo funcional para la habilitación de la jurisdicción penal militar policial implicaría que la garantía de los bienes jurídicos más relevantes para la vida social en el Estado constitucional y democrático de Derecho no encontraría tutela efectiva en la justicia ordinaria.

B.2.) 3 Elemento objetivo

86. Este último elemento descansa en el bien jurídico tutelado por cada uno de los tipos penales de delito de función.

Bien jurídico castrense (...)

89. La centralidad del bien jurídico, en el concepto del delito de función, se sustenta en que aquel es el criterio de legitimación material sobre el cual se autorizan las competencias especializadas de los tribunales castrenses. Así, los parámetros indicados en las STC 00454-2006-HC/TC, 00002-2008-AETC y 00001-2009- AI/TC delimitaron los alcances del delito de función y afirmaron que, enunciativamente, este tipo de delitos se refiere a atentados contra bienes jurídicos que afecten o pongan en riesgo:

- a. La existencia de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- b. la organización de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- c. la operatividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- d. las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- e. la actuación de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- f. la seguridad del estado; y
- g. la disciplina de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional²⁰.

Además debemos agregar que de los fundamentos 97 y siguientes de la sentencia la Corte ha clasificado los delitos de función en *stricto sensu* que protege exclusivamente bienes jurídicos del ámbito militar o policial y el segundo agrupa a los delitos de función *lato sensu*, referido a tipos pluriofensivos supuestos-delictivos que implican la lesión simultánea de más de un bien jurídico que

atentan contra bienes jurídico-penales castrenses y comunes, expresa que ante la presencia del segundo grupo y la existencia de duda en la calificación el juez militar debe resolver en favor de la legislación ordinaria por ser la justicia castrense de naturaleza restrictiva y excepcional²¹.

IV. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DELITO DE FUNCIÓN

Solamente mencionaremos la Sentencia radilla pacheco vs. Estados Unidos mexicanos, donde la Corte ha establecido respecto al delito de función lo siguiente;

“El Tribunal considera pertinente señalar que reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia na-

*turalaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*²².

Concluimos mencionando que en las diferentes sentencias analizadas respecto al delito de función hemos podido determinar que se cuentan con los presupuestos necesarios para la correcta calificación del delito de función a efectos de poner en movimiento el aparato jurisdiccional militar policial en la búsqueda de la única verdad del proceso, con el objetivo de cumplir la finalidad de la pena que persigue el Código Penal Militar Policial, la misma que consiste en sancionar y prevenir, y no embarcarnos a la deriva sin un norte claro, sin un itinerario revestido de predictibilidad sin saber que pasará porque, claro está, que la adecuada calificación de un delito de función generará un proceso sólido donde cada pieza fundamental del proceso tendrá la delicada tarea de emitir resoluciones y sentencias revestidas de una adecuada justificación interna y externa, dentro de un marco de contexto de justificación mas no de descubrimiento.

Es pertinente mencionar que los delitos comunes distan mucho de los delitos de función, porque los bienes jurídicos protegidos en el universo común son diversos, derivan de un amplio abanico de posibilidades establecidas en código penal ordinario y, en ese sentido cuando un militar o policía es procesado en el fuero común y sobreseído por los delitos que se le imputa, no significa que en el fuero militar también corran la misma suerte, porque, claro está, que son diferentes formal y materialmente.

21 PLENO JURISDICCIONAL Expediente 00022-2011-PI/TC SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Del 8 de julio de 2015 fdtos, 97-100.

22 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO RADILLA PACHECO VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Fto 272.

RECOMENDACIONES

1.- Para la calificación de un delito de función se debe observar la concurrencia de sus 3 elementos: (i) elemento subjetivo; (ii) elemento funcional; y (iii) elemento objetivo de cada uno de los tipos penales establecidos en el Código castrense.

2.- No considerar como delito de función la vulneración directa o indirecta de bienes jurídicos protegidos relacionados con los derechos fundamentales y derechos

humanos, al no revestir la calidad de bienes jurídicos castrenses ni tener relación con la finalidad constitucional de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

3.- Para la calificación de los delitos de función se debe tener en cuenta el principio de lesividad, que implica que no cualquier vulneración al bien jurídico protegido será delito de función sino aquel que derive de una gravedad considerable.

BIBLIOGRAFÍA

CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL aprobado por Decreto Legislativo N° 1094 promulgado el 31 de agosto de 2010 y publicado el 01 de setiembre de 2010.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

MORESO, José Juan y Josep María VILAJOSANA “*Aplicación del Derecho*” - Interpretación y aplicación, Ediciones Jurídicas y sociales S.A Madrid, España, 2004.

BORJAS SAAVEDRA, Elizabeth y otros en un estudio sobre; “*La Jurisdicción Militar en el Perú*”, 2008 citando a MEINI, Iván, “*La Reforma del Derecho Penal Militar, Anuario de Derecho Penal*”, 2001-2002, Lima, 2002.

CÓDIGO PENAL MILITAR de Brasil aprobado con Decreto-Ley N° 1.001, de 21 de octubre de 1969.

CÓDIGO MILITAR Guatemala aprobado con Decreto N° 214

CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933-última reforma publicada DOF 16-05-2016.

LEY No. 566 CÓDIGO PENAL MILITAR Nicaragua, publicada en La Gaceta No. 04 del 05 de enero del 2006.

CÓDIGO PENAL MILITAR de Paraguay Sancionada el 18 de diciembre de 1980, Promulgado el 19 de diciembre de 1980.

EXP. N.º 0017-2003-AI/TC, Lima, *Defensoría del Pueblo Sentencia del Tribunal Constitucional*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO JURISDICCIONAL 0012-2006-PI/TC del 15 de diciembre de 2006 *Proceso de Inconstitucionalidad, demanda interpuesto por el Colegio de Abogados de Lima.*

PLENO JURISDICCIONAL Expediente 00022-2011-PI/TC Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Fto 272.

Arturo Antonio Giles Ferrer¹

LA JUSTICIA CASTRENSE PERUANA

BAJO LA LUPA DEL ÓRGANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN EN EL PERÚ

SUMARIO: 1.- LOS DIEZ FALLOS DEL MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN; 2.- LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD N°005-2001-AI/TC Y N°0010 2002-AI/TC; 3.- LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD 17-2003-AI/TC Y 23-2003-AI/TC PLANTEADOS POR EL OMBUDSMAN; 4.- TENDENCIAS FIJADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS RESOLUCIONES 17-2003-AI/TC Y 23-2003-AI/TC; 5.- LA FISCALÍA DE LA NACIÓN ASÍ COMO EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA FRENTE A LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD 4-2006-AI/TC Y 6-2006-AI/TC; 6.- EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE FRENTE AL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD 5-2007-AI/TC; 7.- EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA FRENTE AL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD N° 0001-2009-PI/TC; 7.1 LA VARIACIÓN EN LA LÍNEA TENDENCIA DEL TC; 8.- EL PROCESO DE

1 Mayor General de la Fuerza Aérea del Perú, Vocal Supremo Titular del Tribunal Supremo Militar Policial en el Perú, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Doctor en Derecho y Ciencia Política y Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, ambos grados académicos otorgados por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Diplomado en “Defensa y Seguridad Nacional, Pedagogía de la Educación Superior”, “Derecho Administrativo y Gestión Pública”, “Derecho Procesal Penal: Cuestiones Problemáticas”, con especialidad en “Pedagogía de la Educación Superior”, “Derecho Procesal Penal” y “Posgrado en Argumentación Jurídica y Función Jurisdiccional así como capacitación en Derecho Internacional Humanitario, Fuerza Pública y Derechos Humanos”, estos dos últimos otorgados por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor universitario en distintos doctorados, maestrías y diplomados en el país. Autor de diversos artículos en la Revista “El Jurista del Fuero Militar Policial”, conferencista internacional.

INCONSTITUCIONALIDAD N° 022-2011² EN CONCORDANCIA CON LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTES MENCIONADAS Y LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; 8.1 ELEMENTO SUBJETIVO; 8.2. ELEMENTO FUNCIONAL; 8.3. ELEMENTO OBJETIVO; 8.3.1 BIEN JURÍDICO MILITAR; 8.3.2. PRINCIPIOS MILITARES: SUSTENTO DE LOS BIENES JURÍDICOS CASTRENSES; 8.4.- PAPEL DEL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN PERUANO ASÍ COMO SU INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN.

RESUMEN

El autor analiza cada una de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, recaídas en las diversas demandas de inconstitucionalidad que se incoaron contra las Leyes de Organización y los Códigos de Justicia Militar, básicamente, en la década pasada; así mismo, analiza otras decisiones del Tribunal sobre demandas hábeas corpus en relación con decisiones de la jurisdicción militar policial. Otro aspecto que abarca este trabajo, son algunas decisiones de la Corte Interamericana de DDHH en materia penal militar y como entiende los alcances del delito militar, delito de función en el Perú.

ABSTRACT

The author discusses each one of the Peruvian Constitutional Court judgments, which fell into the various unconstitutionality demands that were commenced against the organization Law and the codes of Military Justice, basically, in the past decade. Likewise, he analyzes other decisions of the

Court on habeas corpus claims in relation to decisions of the military police jurisdiction. Another aspect which he covers in this work are some of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights in criminal military matters and how it understands the scope of military crime, function crime in Peru.

1. LOS DIEZ FALLOS DEL MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN

Nuestra jurisdicción privativa ha sido objeto de tratamiento por el Órgano de Control de la Constitución, sustancialmente en diez procesos en lo concerniente al control concentrado y los distintos procesos de amparo y habeas corpus respecto de los cuales se expidió sendas sentencias, que relieves la trascendencia del tema. Empero, consideramos relevante anotar que los ocho primeros fallos resultan cuestionables por ser restrictivos de esta institución tan preciosa para asegurar el orden y la disciplina en la Fuerza, con arreglo al siguiente detalle:

2 Al respecto ver: GILES FERRER, Arturo Antonio: "La justicia militar policial, el sistema de defensa nacional y la autonomía en la conformación legal de los delitos de función que tiene el parlamento", en El Jurista, del Fuero Militar Policial, Año V -Número 7, Lima, Julio 2016. Pág. 37 a 66.

	Número	Leyes o normas con rango de ley cuestionadas	Actor	Fecha de la sentencia	Resolución aclaratoria
1	Expediente N° 0005-2001-AI/TC	Decreto Legislativo N° 895	Defensoría del Pueblo	15 de noviembre de 2001	
2	Expediente N° 0010-2002-AI/TC	Ley N° 25659 referida al delito de traición a la patria.	Impugnación de 5,000 ciudadanos	31 de enero de 2003.	06 de enero de 2003
3	Exp. N° 0017-2003-AI/TC	Ley N° 24150	Defensoría del Pueblo	16 de marzo de 2004 Fundada en parte	Exp. N° 0017-2003-AI/TC, Resolución Aclaratoria, 31 de agosto del 2004
4	Exp. N° 0023-2003-AI/TC	Decreto Ley N° 23201 y Decreto Ley N° 23214	Defensoría del Pueblo	09 de junio de 2004 Fundada en parte	Exp. N° 0023-2003-AI/TC, Resolución Aclaratoria, 04 de noviembre de 2004
5	Exp. N° 0004-2006-PI/TC	Ley N° 28665	Ministerio Público	17 de abril de 2006 Fundada en parte	Exp. N° 0004-2006-PI/TC, Aclaración 13 de junio de 2006
6	Exp. N° 0006-2006-PI/TC	Ley N° 28665	Colegio de Abogados de Lima	13 de junio de 2006 Fundada en parte	NO
7	Exp. N° 0012-2006-PI/TC	Decreto Legislativo N° 961	Colegio de Abogados de Lima	15 de diciembre de 2006 Fundada en parte	NO
8	Exp. 0005-2007-PI/TC	Ley N° 28934	Colegio de Abogados de Lambayeque	26 de agosto de 2008 Fundada en parte	NO
9	Exp. 0001-2009-PI/TC	Ley N° 29182	Colegio de Abogados de Lima	22 de diciembre de 2009	NO
10	Expediente N° 00022-2011-PI/TC	Ley N° 29548, Decretos Legislativos 1094 y 1095	6430 Ciudadanos representados por Miguel Jugo Vera.	08 de julio de 2015, fundada en parte la demanda por mayoría	Auto 5 – Aclaración de 29 de enero de 2016

Las sentencias expedidas por el Supremo intérprete de la Constitución relativas a la jurisdicción castrense resultan de la mayor relevancia. Empero para la judicatura privativa aún hay insuficiencias, pues no se ha tendido el puente entre los sistemas de administración de justicia y de defensa nacional, en clave de control del orden interno y seguridad ciudadana, que es donde se tendría que ubicar a la justicia militar policial peruana, y creo que hasta cierto punto, mundial.

Se carece de una Sentencia de nuestro Órgano de Control Constitucional que esté acorde con la necesidad que se tiene en democracia de respetar al órgano en el que reside la voluntad popular con relación a los límites y características de las normas punitivas castrenses, las mismas que se desarrollan en el contexto de un orden jurídico particular, en función de los roles de las instituciones uniformadas, máxime cuando nuestra Carta Magna es lo suficientemente amplia como para que el legislador democrático pueda perfilar la justicia militar tanto en organización y competencias con libertad, en orden a entronizarla en el Sistema de Administración de Justicia Nacional, pero también en el Sistema de Defensa Nacional. De ahí se desprende que el código penal militar policial tenga particularidades frente a sus similares en el fuero común, dejando de lado lo que corresponde a este último y a lo disciplinario que es consustancial al mando castrense.

2. LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Nº 005-2001-AI/TC Y Nº 0010 2002-AI/TC

En el primero de ellos, el Defensor del Pueblo impugnó la constitucionalidad del

Decreto Legislativo Nº 895, referido a los delitos de Terrorismo Agravado. El Tribunal Constitucional señaló que a la Jurisdicción Militar no le corresponde juzgar el delito de Terrorismo Agravado, pero sí el juzgamiento de los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo (simple) de conformidad con el artículo 173º de la Constitución. En lo que concierne al proceso 0010-2002-AI/TC, cinco mil ciudadanos impugnaron la constitucionalidad de la Ley Nº 25659, referida al delito de Traición a la Patria. El Tribunal Constitucional –cambiando su criterio anterior– señaló que la Jurisdicción Militar no es competente para juzgar a civiles, aun cuando éstos cometan los delitos de Terrorismo (simple) y Traición a la Patria.

3. LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD 17-2003-AI/TC Y 23-2003-AI/TC PLANTEADOS POR EL OMBUDSMAN

El ombudsman peruano planteó sendos procesos de inconstitucionalidad contra las leyes que se ocupaban de la jurisdicción castrense. La primera, el 16 de septiembre de 2003, contra el Art. 10º de la Ley 24150, modificada por el Decreto Legislativo 749 (Exp. 17-2003-AI/TC) relativas a la actuación de la justicia militar en las zonas declaradas en Estado de Emergencia. La segunda, el 10 de diciembre de 2003, cuestionando varias normas del Decreto Ley 23201, Ley Orgánica de la Justicia Militar (LOJM), del Decreto Ley Nº 23214, Código de Justicia Militar - CJM y una disposición de la Ley Nº 27860, del Ministerio de Defensa (Exp. 23-2003-AI/TC), que como se recordará, fueron cuerpos legales que expidió el Gobierno militar, en la segunda fase del General de División EP, Francisco

Morales Bermúdez C., antes de devolver el poder a la civilidad, previos incluso a la Constitución Política del 79 y elaborados con la lógica militar de esa hora, que no era otra cosa que sendas repeticiones de leyes orgánicas y códigos de justicia militar anteriores que vienen desde el código de justicia militar peruano de 1868, que a su vez provenía de las leyes españolas de la época.

En los dos procesos citados, el Ombudsman peruano cuestionó lo siguiente, a saber:

- a) Los indicadores habitualmente usados, para conceptualizar el hecho punible de función a que alude el Art.173º constitucional, en clave de criterio competencial. En esa virtud, la Defensoría objetó el Art.10º de la Ley 24150, que lo precisaba, con arreglo a indicadores de lugar de comisión del injusto y fuero personal. Asimismo, fue objetado, según terminología de Guastini, el precepto contenido en la disposición normativa II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de la Justicia Militar, respecto de que la teleología que animaba la actuación de los colegiados castrenses era preservar la moralidad, el orden y la disciplina en la fuerza. La pregunta que se formulaba el TC era de qué moral estamos hablando, quién la fija. En ese orden de ideas, se pretendió expulsar del ordenamiento jurídico, entre otros, el Art.269º del Código de Justicia Militar, que tipificaba las conductas homosexuales, aunque no se practicaran en los cuarteles, prejuicio que a la luz de la hora actual resulta francamente irrisorio.
- b) La organización de esta jurisdicción especial, en clave de reconocer el programa penal de la Constitución y las

notas características del debido proceso legal, sin el cual, obviamente, nunca puede hacerse justicia.

En esta virtud se pretendió dejar sin efecto distintos preceptos normativos que organizaban la Jurisdicción privativa subordinada al Gobierno en general y, en particular, a los Institutos Armados. La reducían al régimen legal militar.

- c) La Fiscalía militar, habida cuenta que no guardaba relación con su par del Fuero común, al cual la Norma Fundamental otorga la atribución de Órgano requirente, titular del injusto penal y habilitador de la Jurisdicción común. La Fiscalía castrense constituía una prolongación de los colegiados castrenses, sin ápice de independencia y autonomía, contrariamente a lo que preceptúa la Carta, amén de carecer del monopolio de la acción penal.
- d) De los preceptos observados, por involucrar derechos humanos sustantivos tales como dignidad de la persona humana, acceso a jueces imparciales e independientes, defensa e igualdad, atendida la circunstancia que no hay motivo alguno que justifique considerar a castrenses y policías en este modelo de justicia especial.

4. TENDENCIAS FIJADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS RESOLUCIONES 17-2003-AI/TC Y 23-2003-AI/TC

El Guardián de la Constitución encontró parcialmente fundadas las demandas presentadas por el Ombudsman peruano, a través de las resoluciones publicadas en el diario oficial El Peruano el 24 de agosto de

2004 (Exp. 17-2003-AI/TC) y el 30 de octubre de 2004 (Exp. 23-2003-AI/TC).

En el expediente 17-2003-AI/TC, encontró incompatible con la Constitución el uso en la conceptualización del hecho punible de función, a saber:

- a) El criterio formal o de mera tipificación. De acuerdo al cual, para determinar si un injusto es de función, resulta suficiente su tipificación en el Código de Justicia Militar u otra ley especial.
- b) El criterio del fuero personal. Según este indicador, el hecho punible de función está determinado por el estatus de militar o policía del sujeto activo o del sujeto pasivo o víctima del delito, lo que, incluso, permitía conocer de delitos comunes cometidos en acto de servicio, cuando los sujetos activo y pasivo tenían la condición de militares (Art.324 del código) a cuya condición se asimilaba, también, a quienes estaban en la situación de retiro, cadetes y alumnos de las escuelas de formación e, incluso, a empleados civiles que prestaban servicios en las fuerzas armadas, entre otros.
- c) El indicador del lugar de comisión, según el cual, lo que determina el injusto militar es el lugar de comisión. Es suficiente que el hecho punible se lleve a cabo en un lugar militar para que estemos frente a un injusto de función.

El Supremo intérprete de la constitución, en el fallo 23-2003-AI/TC, cuestionó:

- a) La designación de los magistrados castrenses a cargo del Gobierno, por entender que esa circunstancia afecta su independencia e imparcialidad, lo que resulta relativo, habida cuenta que

en democracia, importa antes que el modelo de designación de los jueces, que sus decisiones sean compatibles con el Estado constitucional de derecho y, más aún, debe tenerse en cuenta que en democracia la legitimidad de una autoridad es mayor cuanto mayor sea la participación del pueblo en su elección. En el caso de los Vocales Supremos de la justicia militar peruana, su legitimidad es indirecta, pues son designados por quien es elegido directamente por el pueblo, esto es, el Presidente de la República, lo que polariza con los magistrados supremos del fuero común que son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, cuyos integrantes no representan directa ni indirectamente al pueblo. En los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, a los vocales supremos los nombra el Presidente de la República y de manera vitalicia.

La composición de los tribunales castrenses por uniformados en situación de actividad y su adhesión a ese régimen especial y de consuno, a los principios de jerarquía, subordinación y obediencia, ya que ello afecta la imparcialidad e independencia anotó el TC, lo que resulta objetable, habida cuenta que a los magistrados castrenses se les exige más años como abogados que a sus similares en el fuero común y en cuanto a la independencia e imparcialidad, éstas tenemos que encontrarlas antes que en las leyes e instituciones que por ser hechuras humanas, son imperfectas, en su propia conciencia y en la rectitud de ánimo de las fuerzas políticas que deben encontrar en el magistrado antes que en el legislador, la última y mayor garantía en la preservación del Estado

Constitucional de Derecho que se postula para el Perú.

- b) La subordinación entre los órganos de la Jurisdicción castrense y los operadores de dichos órganos, por afectar el principio de independencia, tesis que no resiste análisis, si se tiene en cuenta que *per se* toda organización jurisdiccional es jerárquica, como ocurre en el Poder Judicial.
- c) El régimen de permanencia e inamovilidad temporal de los jueces militares en el cargo. Dicha circunstancia, a criterio del Guardián de la Constitución, vulnera la inamovilidad, lo que evidencia desconocimiento de la naturaleza móvil de esta jurisdicción especial.

Lo fijado por el órgano de control de la Constitución en el proceso 17-2003-AI/TC, relativo a la inconstitucionalidad de los indicadores que determinan el hecho punible militar resultaba vinculante para los poderes públicos, desde el 25 de agosto de 2004. Empero, en la resolución recaída en el proceso 23-2003-AI/TC, el TC relativizó sus consecuencias en el tiempo, habida cuenta que versaba sobre contenido orgánico y procesal.

“...En efecto, la sentencia dejó sin efecto normas que trataban sobre las referidas materias, lo cual trajo como consecuencia la posibilidad de revisar los procesos en los que dichas normas se hubiesen aplicado, en virtud del principio de retroactividad benigna en materia penal, reconocido en el artículo 103° de la Constitución y artículo 40° de la entonces vigente Ley N° 26435,

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sin duda, ello requiere tiempo, dado que los nuevos procesos se tienen que verificar con un nuevo marco normativo que responda a los criterios jurisprudenciales establecidos por el supremo intérprete de la Constitución. De lo contrario....generaría serios problemas de lagunas normativas”.³

“Es así que el TC decidió la *vacatio sententiae* de los efectos de su fallo, por el tiempo de 12 meses, periodo que debía computarse desde su publicación en el diario oficial, es decir, el 30 de octubre de 2004. Luego de dicho periodo, los efectos de la referida sentencia se verificarían de manera inmediata, por lo que el Tribunal exhortó al Poder Legislativo para que antes del vencimiento de dicho plazo, dicte la legislación que corresponda, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales establecidos. Ahora bien, el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar y su delegado solicitaron al Tribunal la aclaración de diversos puntos de la sentencia (Exp. N° 23-2003-AI/TC). La aclaración de dicha sentencia fue publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de enero de 2003, entendiendo el Tribunal que el plazo de 12 meses de *vacatio sententiae* antes mencionado, debía computarse desde esa nueva fecha. Conviene aclarar en este punto, que no todos los efectos de la sentencia (Exp. N° 23-2003-AI/TC) estaban sometidos a la referida *vacatio sententiae*. En efecto, algunas materias declaradas inconstitucionales en dicho fallo, no versaban sobre materia orgánica o procesal, como el caso del Artículo II del Título Preliminar de la

3 Ibidem, p. 34.

LOJM según el cual los tribunales castrenses están orientados al mantenimiento de la moralidad, orden y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; así como el artículo 269° del CJM que tipificaba como delito las prácticas homosexuales. De igual modo, la declaración de inconstitucionalidad de todo el denominado Ministerio Público Militar, tuvo efectos inmediatos, razón por la cual el Tribunal exhortó al Ministerio Público en su sentencia de aclaración, para que en el más breve plazo designe a sus representantes ante la justicia castrense.”⁴

5. LA FISCALÍA DE LA NACIÓN ASÍ COMO EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA FRENTE A LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD 4-2006-AI/TC Y 6-2006-AI/TC

Los días 24 de enero y 17 de febrero de 2006, la Fiscalía de la Nación y el Colegio de Abogados de Lima, respectivamente, plantearon sendos procesos de inconstitucionalidad contra la Ley 28665. El Supremo intérprete de la Constitución declaró fundada en parte las demandas de inconstitucionalidad 4-2006-AI/TC⁵ y 6-2006-AI/TC, respectivamente, y resolvió por la inconstitucionalidad de la Ley 28665.

Con relación al principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminar, el tema carecía de sustantividad, atendida la circunstancia que la organización independiente y especializada de esta justicia privativa encuentra sustento constitucional

en el Inc.1 del Art.139 constitucional y de acuerdo al fallo del TC, 23-2003-AI/TC, en el cual se precisa que la intensidad y alcance de la relación entre el fuero común y la justicia especial corresponde definirla al Parlamento Nacional, y, obviamente, la actuación de la justicia castrense debe enmarcarse en estricta sujeción a las notas características del debido proceso legal, sin el cual nunca puede hablarse realmente de justicia.

De otro lado, el Art.10° de la Ley 28665, cuya inconstitucionalidad se demandaba, en realidad se situaba en el marco de la autonomía normativa que la Norma Fundamental reconoce al primer Poder del Estado, en virtud de la cual, éste dispuso que de los 05 magistrados de la Sala Suprema Penal Militar, 03 serían letrados castrenses en situación militar de retiro, entre quienes se elegiría al Presidente de la Sala Suprema, al estilo español.

Igualmente, un estatuto técnico jurídico-militar contratado resulta de la mayor importancia, habida cuenta que éste, lejos de constreñirse al Derecho Militar, incorpora la experiencia de vida militar.

En esa virtud, la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, creada por la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley cuestionada, tampoco afectaba el principio de igualdad, en vista de que su vigencia terminaba con la finalización de las competencias fijadas por ley. La Junta era liderada por un integrante del Consejo Nacional de la Magistratura y su diseño responde al estatuto técnico jurídico contrastado que deberían tener los candidatos a las plazas de

4 Ibídem, p. 34.

5 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú No 004-2006-PI/TC.

magistrados o fiscales. La transitoriedad resultaba de la mayor importancia, atendida la circunstancia que la aplicación de la ley tenía que ser progresiva, sin obstaculizar al fuero común. Esta Junta Calificadora estaba compuesta por tres integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura y era compatible con la Constitución, en razón de que la teleología que la animaba era poder tener magistrados castrenses de sólida formación que administren justicia en el marco de la Constitución y las leyes.

Respecto de los principios de unidad y autonomía de la función jurisdiccional, la ley cuya inconstitucionalidad se demandaba, tampoco vulneraba el código político, toda vez que el Inc. 1 del Art. 139º constitucional trata a la justicia castrense como especial, razón por la cual la organización, independiente y conexión en el vértice superior de dichas justicias, que era lo que proclamaba dicha ley, también encontraba respaldo en el instrumento de gobierno, siendo el Parlamento competente para definir dicha estructura

Con relación al principio que la norma específica tiene preeminencia sobre la genérica, la teleología que lo anima es la solución de conflictos entre leyes. En lo que respecta a los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, la ley tampoco transgrede a la Norma Fundamental, toda vez que ésta preceptúa que la justicia castrense resulta especializada e independiente de la común.

En cuanto concierne a la competencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial, para elegir de entre los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura al Presidente del Consejo Superior de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, resulta compatible con el principio

de independencia jurisdiccional, atendida la circunstancia que la independencia se asegura, antes que por quien elige al Presidente del Consejo, por la compatibilidad con la Norma Fundamental así como al Estado Constitucional de Derecho.

En lo relativo a las normas contenidas en los arts. 23º y 28º, concernientes a la creación así como al éxodo de sedes jurisdiccionales dentro del territorio nacional, éstas se ocupan de una competencia en función de la especialidad y excepcionalidad de la Jurisdicción castrense.

Respecto de que los integrantes de la justicia castrense sean oficiales del cuerpo jurídico militar en situación de actividad, lejos de afectar la independencia e imparcialidad del Poder Judicial y del Ministerio Público, dado que la justicia castrense es independiente de ambos, constituye un aporte de vivencia militar por quienes, además, tienen formación técnico jurídica contrastada.

Temas como la posibilidad de nombramiento y sanción de los magistrados militares por el Consejo de la Magistratura así como la autonomía de la Fiscalía Militar Policial, entre otros, en los que el Tribunal Constitucional dio inicialmente la razón a la parte demandante, fueron posteriormente corregidos por el Órgano de Control de la Constitución en la Sentencia 1-2009.

6. EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE FRENTE AL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD 5-2007-AI/TC

Con fecha 26 de agosto de 2008, el TC, en sesión del Pleno, declaró (fundada en parte la demanda) la inconstitucionalidad de los efectos que viene produciendo

el derogado artículo 1° de la ley 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la Justicia Militar Policial, regulada por la ley 28665, en artículos que a su vez fueron declarados inconstitucionales por las sentencias 4-2006-PI/TC y 6-2006-PI/TC que, a su vez, dispuso el TC una *vacatio sententiae* que vencía el 31 de diciembre de 2006. La mencionada ley sostiene, lo siguiente:

Art.1.-Vigencia temporal de la actual Justicia Militar Policial. El CSJM y los demás órganos que integran la organización de la JMP, continúan ejerciendo sus funciones, atribuciones y competencias con la misma estructura organizativa señalada en la Novena Disposición Transitoria de la Ley 28665, hasta la aprobación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la ley 28665 por sentencias del Tribunal Constitucional 4-2006-PI/TC y 6-2006-PI/TC, o de la dación de una nueva ley que regule la justicia militar.

Art.2.-Vigencia del Código de Justicia Militar Policial.- En concordancia con el artículo anterior, la parte procesal y de ejecución penal del Código de Justicia Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo N° 961, entrará en vigencia en un plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la promulgación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la Ley 28665 o de la dación de una nueva ley que regule la justicia militar.

En este caso, el demandante solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los

dos artículos que contenía la Ley, alegando que vulneraba la cosa juzgada, la independencia judicial, la fuerza normativa de la Constitución y la condición de órgano de control de la Constitución que tiene el TC, pues pese a que el Tribunal estableció en su sentencia del Expediente 6-2006-PI/TC una *vacatio sententiae* (periodo en el que quedan suspendidos los efectos de una inconstitucionalidad ya declarada) que vencía el 31 de diciembre de 2006, el legislador, quince días antes de vencerse tal periodo, desconoció esa sentencia y dictó la mencionada Ley 28934 que, contrariamente a lo dispuesto por el TC, estableció que la organización de la justicia militar declarada en parte inconstitucional siga funcionando de modo indefinido.

Previamente a pronunciarse sobre el fondo, el TC verificó que la mencionada Ley fue derogada por la Ley 29182, de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, publicada el 11 de enero de 2008. No obstante esta derogación, que podría indicar la existencia de sustracción de la materia, el TC constató que la derogada Ley 28934 seguía surtiendo efectos, pues durante su vigencia (del 16 de diciembre del 2006 al 11 de enero de 2008), habilitó en el cargo a jueces militares que emitieron sentencias condenatorias que hasta el momento venían privando de libertad a efectivos militares.

Este no es el primer caso en que el TC controla la constitucionalidad de leyes derogadas, anteriormente lo ha expresado en su doctrina jurisprudencial, en sentencias como en el caso del Impuesto a las Transacciones Financieras, ITF, (Exp. 4-2004-AI/TC) o aquella del caso de la equiparación del tiempo de detención domiciliaria con la detención provisional (Exp. 19-2005-PI/TC).

En cuanto al fondo, el TC, estimó que el artículo 1° de la Ley 28934, que amplió indefinidamente la vigencia temporal de un sistema de justicia militar declarado incompatible con la Constitución y extendió también, indefinidamente, el periodo de *vacatio sententiae*, es inconstitucional por vulnerar el principio de separación de poderes, la fuerza normativa de la Constitución, la autoridad de cosa juzgada de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, así como la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional. Las interrogantes sobre las que gira la sentencia son las siguientes: ¿la derogación de una ley cuestionada mediante un proceso de inconstitucionalidad origina necesariamente la sustracción de la materia en el proceso?; una ley que prorroga indefinidamente los efectos de una *vacatio sententiae* del Tribunal Constitucional ¿vulnera el principio de separación de poderes, la supremacía normativa de la Constitución o el principio democrático?; ¿cuáles son los ámbitos de competencia que poseen tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Legislativo? ¿Existen jerarquías entre ambas instituciones? ¿Cómo se compatibilizan la justicia constitucional y el principio democrático en el Estado Constitucional? y una ley que prorroga indefinidamente los efectos de una *vacatio sententiae* del Tribunal Constitucional ¿vulnera la autoridad de cosa juzgada de las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad?

El caso se inscribe dentro de un contexto de pugna en el cual el TC encontraba que la justicia militar, como está diseñada por el legislador, es inconstitucional y el legislador está más bien interesado en mantenerla con ese diseño. Resulta positivo que el Tribunal Constitucional entienda que su

competencia también alcanza a controlar la constitucionalidad de leyes derogadas, cuando éstas siguen produciendo efectos. Esto no se le hubiera ocurrido a Kelsen, lo cual significa que el TC no sólo está mirando el plano formal sino, también, el material. Asimismo resulta interesante que el órgano de control de la Constitución, saliéndose de la teoría clásica de Montesquieu, entienda que el principio de separación de poderes hoy está pensado no sólo para los clásicos tres poderes del Estado sino, también, para los demás órganos en los que está distribuido el poder del Estado y que están instalados en la parte orgánica de la Constitución.

También es rescatable la conceptualización que hace el Guardián de la Constitución a decir de Karl Schmith, de la Constitución como norma jurídica y por ende vinculante; asimismo, el concepto de cosa juzgada de las sentencias del TC, concepto que inicialmente planteó en la sentencia 53-2004-AI y luego ampliara en la reciente sentencia 22-2011-AI/TC y la afección a la autonomía del TC cuando el Congreso aprueba una ley que va contra una sentencia previamente expedida. Igualmente resulta interesante la diferencia que hace el TC entre constitucionalismo y democracia.

Quienes objetan la sentencia, anotan que la misma no consideró que había un período breve del plazo establecido por el Tribunal Constitucional en las sentencias, o sea seis meses con quince días respecto del proceso 4-2006-PI/TC y del plazo menor aún, 5 meses y medio, en relación al Expediente 6-2006-PI/TC.

Resulta de la mayor importancia contextualizar la norma legal impugnada en clave de las motivaciones que determinaron al Parlamento a aprobar la Ley 28934, entre las que figura el cambio de gobierno

producido en el invierno del 2006. De ese modo, las elecciones generales efectuadas en dicho año, Gobierno y Congreso variaron y la Segunda Legislatura Ordinaria del periodo anual 2005-2006 se extendió hasta el 13 de julio del 2006, por lo cual no hubo legislatura sino hasta principios del nuevo periodo parlamentario 2006-2011, aprobándose el cuadro de Comisiones Ordinarias del Congreso el 10 de agosto, las cuales empezaron a sesionar en agosto de 2006.

De otro lado, dicen los detractores de la sentencia, que dicha Resolución no consideró que la regulación que subsanara las inconstitucionalidades de la Ley 28665 declaradas por el Supremo Intérprete de la Constitución, suponía efectuar diversas fases conformantes del proceso de elaboración de la ley, desde la propuesta de la iniciativa legislativa, sea por uno o más grupos parlamentarios, de forma individual o multipartidaria; su decreto a comisiones, que de acuerdo a la materia implicaría el estudio y debate en las Comisiones de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas; Justicia y Derechos Humanos; y Constitución y Reglamento. Sin embargo, dicha circunstancia puede explicar, mas no justificar, que lo angustioso del plazo, sumado a la variedad de los diversos elementos tanto políticos como jurídicos, impidieron que el Congreso cumpliera con el plazo de *vacatio sententiae* ordenado por el Guardián de la Constitución, lo que a su vez podría evidenciar cierto desconocimiento de la labor legislativa por parte del Supremo Intérprete de la Constitución.

Resulta importante relieves que la Representación Nacional, atendiendo a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre los citados procesos (Expedientes 4-2006-PI/TC y 6-2006-PI/TC),

tramitó el Proyecto de Ley 01421/2006-CR, que propuso la Ley Orgánica del Fuero Militar”, la que el Pleno del Congreso de la República aprobó y la convirtió en la Ley 29182, que modificada por el Decreto Legislativo 1096 y la Ley 29955, trata de la organización de la Jurisdicción castrense, la que fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad y el Supremo intérprete ratificó su constitucionalidad.

7. EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA FRENTE AL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD N° 0001-2009-PI/TC

El 2 de marzo de 2009, el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, por intermedio de su Decano, Wálter Gutiérrez Camacho, interpuso demanda de inconstitucionalidad, contra la Ley N° 29182 Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial. El Supremo intérprete de la Constitución expidió sentencia el 04 de diciembre de 2009, publicada en su página web el 22 de diciembre de 2009, validando gran parte de la Ley 29182, modificando su jurisprudencia precedente, debido a que estimaba que el entorno histórico, social y político varió significativamente, resultando indispensable dinamizar la propia interpretación del código político, de suerte que se adapte a la hora actual.

Con un Estado de Constitucional Derecho en proceso de consolidación y con Fuerzas Armadas y Policía Nacional en guerra contra la subversión y el tráfico ilícito de drogas, no sólo no ha lugar para la desconianza ciudadana sino su respaldo, en la medida que su actuación sea con arreglo a las notas características del debido proceso legal y los derechos humanos. De tal manera está

indicado en la sentencia contenida en el Expediente 00001-2009-AI/TC. La Jurisdicción castrense fue reconocida por el código político del 93, independiente de la Jurisdicción ordinaria y de la arbitral con competencia para procesar únicamente a militares por hechos punibles de función.

El órgano de control de la Constitución solamente amparó la demanda, con relación al último párrafo del Art. 4º de la ley, quedando el Supremo Tribunal a cargo de dirimir las contiendas de competencia entre la justicia militar y el Órgano Jurisdiccional.

7.1 La Variación en la línea tendencia del TC.⁶

El Guardián de la Constitución en el fallo en comentario, varió su jurisprudencia en lo militar – policial y fijó de modo vinculante para los poderes públicos y privados, lo siguiente:

1. La vigencia de la justicia castrense, no está en discusión, habida cuenta que en la medida que haya respaldo constitucional, compete al Congreso considerar lo indispensable hacer efectivo su funcionamiento y operatividad. Lo discutible es su ubicación funcional en el orden jurídico nacional. Por tal razón, en la jurisprudencia emitida por el Supremo intérprete de la Constitución se determinó que aspectos tratados por el Congreso eran marginales a la Carta Magna.
2. El legislador, al aprobar la Ley 29182, reguló la organización y funciones de la justicia castrense de suerte que los Arts. I a IV del Título Preliminar de la Ley 29182 fijan su independencia, autonomía; competencias así como su adhesión a los principios y garantías de la función jurisdiccional e irrestricto acatamiento a los derechos humanos; precisan la tipificación de los injustos de función y la prohibición que dicha normatividad se aplique a civiles, de forma directa, indirecta o por analogía.
3. La autonomía administrativa y funcional de la justicia castrense está asegurada con la regulación de sus relaciones con el Sistema de Seguridad y Defensa Nacional consagrado en el artículo 2º, que preceptúa que tiene que efectuarse en el marco de la autonomía e independencia que le otorgan tanto el código político cuanto la Legislación de la materia. También el Capítulo I (Presupuesto y Recursos) del Título XI (Régimen Económico, Administrativo y Laboral de la Jurisdicción Militar) de la misma norma, prescribe que la justicia castrense es un pliego presupuestario cuyo titular es el Presidente del Tribunal Supremo Militar Policial (artículo 47º), estando su presupuesto subordinado a los recursos asignados por ley, los directamente recaudados así como las transferencias presupuestales (artículo 48º).

6 En relación al cambio de jurisprudencia en materia militar el TC, a propósito de la sentencia de 22 de diciembre de 2009, Exp. 1-2009-PI/TC, delimitó en nuestro entender adecuadamente las competencias restrictivas y especializadas del ámbito militar, es por eso que nos adherimos a ella y hacemos nuestra, la decisión del supremo intérprete de la Constitución.

4. El inciso 2) del artículo 139° del instrumento de gobierno alude al principio de independencia en la función jurisdiccional con arreglo a que “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”.⁷
5. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió el principio de independencia judicial así: “El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción.”⁸
6. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que: “Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante “Principios Básicos”), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.”⁹
7. Asimismo, el principio de imparcialidad (vinculado al de independencia funcional), está en función de ciertas exigencias en el proceso, vale decir la independencia del magistrado frente a las partes así como al objeto del proceso, pudiendo conceptualizarse desde dos puntos de vista: a) Imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el magistrado pueda tener con el proceso. b) Imparcialidad objetiva, que alude a la influencia negativa que puede tener en el aquo la estructura del sistema, restándole imparcialidad, o sea, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable. Es útil mencionar que la falta de imparcialidad del juez no puede ser alegada en abstracto, tiene que ser demostrada en cada caso. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en el sentido que el “principio según el

7 En el Expediente 23-2003-AI/TC se señaló que la independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad auto determinativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

8 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de fondo, parágrafo 68.

9 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de fondo, parágrafo 70.

cual se debe presumir que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho”¹⁰

8. En los procesos 0023-2003-AI/TC y 0006-2006-AI/TC fueron usadas las resoluciones que la Corte IDH expidió contra nuestra jurisdicción castrense, con el propósito de solventar la inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 23201 y Ley N° 28665. Procede aludir a dichos fallos, con el propósito de tener una correcta inteligencia de la postura del mencionado por dicho ente supranacional. En efecto, en el proceso 23-2003-AI/TC (fundamento 43) fue usada la resolución de la Corte IDH recaída en el llamado caso Castillo Petruzzi vs. Perú: “(...) la Corte IDH en el Caso Castillo Petruzzi, vale decir: “El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias Fuerzas Armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador”.¹¹
9. En la acción de inconstitucionalidad 6-2006-AI fueron usados los fallos recaídos en los llamados casos Cantoral

Benavides, Lori Berenson y Durand y Ugarte. En Cantoral Benavides contra Perú, el Tribunal Internacional, expresó lo siguiente: “114. Estima la Corte que los tribunales militares del Estado que han juzgado a la presunta víctima por el delito de traición a la patria no satisfacen los requerimientos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8.1 de la Convención. La Corte considera que en un caso como el presente, la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las Fuerzas Armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos”.¹²

10. Con similar razonamiento, en Lori Berenson vs. Perú, la Corte dijo: “145. En un caso como el presente, la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las Fuerzas Armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos”. En Durand y Ugarte contra Perú, la Corte expresó, que: “117. En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así,

10 Caso Pullar contra Reino Unido.

11 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi vs Perú. Sentencia de fondo, párrafo 130.

12 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Benavides vs Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 114.

debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar". "En el presente caso, los militares encargados de la debelación del motín ocurrido en el penal El Frontón hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no."¹³

11. En los casos Castillo Petruzzi, Lori Berenson y Cantoral Benavides, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el sentido que la imparcialidad de los magistrados castrenses se ve cuestionada debido a que las Fuerzas Armadas tienen el doble rol de combatir militarmente a los grupos insurgentes y procesar así como eventualmente aplicar sanciones penales a los integrantes de tales grupos. En *Durand y Ugarte vs. Perú*, el colegiado internacional dijo que el procesamiento

y eventual sanción de los hechos punibles comunes debe recaer siempre en la justicia ordinaria.

12. En esa virtud, las resoluciones que la Corte IDH expidió contra el Perú en materia de jurisdicción privativa no tratan acerca del procesamiento en sede castrense de uniformados en situación de actividad por la comisión de hechos punibles de función. Este órgano supranacional tampoco ha descartado que oficiales en actividad sean jueces de esta justicia especial. Lejos de ello, lo que la Corte IDH rellena en las citadas resoluciones es que la justicia castrense está diseñada en orden a procesar a uniformados en el activo por injustos de función, de cara a asegurar el orden y la disciplina en las fuerzas armadas: resulta imprescindible indicar que por ello, esta justicia especial está constreñido a castrenses incursos en delitos de función en y bajo ciertas circunstancias.¹⁴
13. La Comisión IDH, con ocasión de nuestra jurisdicción castrense señaló, lo siguiente: "211. Otro aspecto consiste en que los jueces del sistema judicial militar en general son miembros del Ejército en servicio activo. 212. Al respecto, la Comisión reitera que ciertas ofensas propias del servicio y la disciplina militar pueden ser juzgadas por tribunales militares compuestos por militares con pleno respeto de las

13 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Durand y Ugarte Vs. Perú*. Sentencia de Fondo, párrafo 118.

14 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Sentencia de Fondo, párrafo 119.

garantías judiciales. 214. La Comisión reitera que la justicia militar debe ser utilizada sólo para juzgar militares activos por la presunta comisión de delitos de función en sentido estricto”.¹⁵

14. De igual modo, la Comisión indicó en Castillo Petruzzi vs. Perú, que: “a) el artículo 8.1 de la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Si bien a nivel internacional la intervención de tribunales militares no se ha considerado violatoria del derecho a un juicio justo, lo cierto es que “ha surgido un consenso internacional, no sólo sobre la necesidad de restringirla en todo lo posible, sino además de prohibir el ejercicio de jurisdicción militar sobre civiles, y especialmente en situaciones de emergencia (...) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar.”¹⁶ La Comisión IDH reconoce que los oficiales en actividad se desempeñen como miembros de los colegiados castrenses, siempre que se constriñan

a procesar a militares en actividad por hechos punibles de función.

15. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al tratar la situación de militar en actividad de los jueces de la justicia castrense, expresa, que: “59. El Tribunal observa que la práctica de utilizar tribunales proveídos en el todo o en parte por los militares para juzgar a miembros de las fuerzas armadas, está profundamente arraigada en los sistemas jurídicos de muchos Estados Miembros. Esto recuerda su propia jurisprudencia, que pone de manifiesto que un tribunal militar puede, en principio, constituir un ‘tribunal independiente e imparcial’ a los efectos del artículo 6 § 1 de la Convención. (...) Sin embargo, la Convención sólo tolerará ese tipo de tribunales, siempre que existan suficientes salvaguardias para garantizar su independencia e imparcialidad.”¹⁷. Por ello, el TEDH acepta que los colegiados castrenses, integrados por oficiales en situación de actividad deben ser por principio, independientes e imparciales y serán tolerados si hay garantías para la preservación de tales principios.
16. En virtud de lo expresado, la situación de militar en actividad de los magistrados de la justicia privativa resulta

15 Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev. 2 junio 2000.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de Fondo. Parágrafo 125.

17 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso de Morris contra el Reino Unido. Párr. 59.

compatible con la independencia e imparcialidad judicial.¹⁸

17. En esa virtud, la modalidad de nombramiento a que se contrae la Ley 29182 está en sintonía con la postura asumida por los prenombrados organismos supranacionales y la jurisprudencia del Guardián de la Constitución. El asunto relativo a la selección de los jueces resulta coherente e inteligible. Su aplicación no está, en modo alguno, en función de subjetividades. El orden de mérito y el estatuto técnico jurídico contrastado de los magistrados se da durante todo el proceso de selección.
18. El artículo 29° de la Ley 29182, dispone que los magistrados de la justicia castrense dejan el cargo únicamente por: a) muerte, b) renuncia, c) límite de edad, d) destitución o separación por medida disciplinaria, e) incompatibilidad sobreviviente, y f) impedimento físico o mental permanente, acreditado y declarado por la autoridad com-

petente. Es útil anotar que las causales de cese en el cargo que establece este artículo, resultan análogas a las del término de la función jurisdiccional en el Tribunal Constitucional (Ley N° 28301, artículo 16°) y en el Poder Judicial (Ley N° 29277, artículo 107°). La Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que los Principios Básicos de las Naciones Unidas, vinculados a la independencia del magistrado preceptúan, que nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto¹⁹. Por ello, el Art. 29° de la Ley N° 29182 resulta compatible con tales principios básicos, de lo que se colige que los magistrados de esta justicia especial están coberturados contra separaciones arbitrarias que puedan afectar el ejercicio de su ministerio.

19. Con relación a la importancia que un magistrado o un colegiado castrense cumplan con las condiciones de independencia e imparcialidad, resulta indispensable no olvidar lo expresado

18. Sobre el tema planteado es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un contexto fáctico y normativo determinado que ahora no se presenta, resolvió que el Estado peruano había vulnerado el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos al abordar el tema de la independencia e imparcialidad de los jueces militares refiriéndose, junto con otras apreciaciones, a la elección de los jueces militares a cargo del ejecutivo, sin considerar que *per se* esta fuente del nombramiento sea inconveniente [Casos Lori Berenson Mejía vs. Perú (*cfr.* sentencia del 25 de noviembre de 2004 consideraciones 138 a 150), Cantoral Benavides vs. Perú (*cfr.* sentencia de 18 de agosto de 2000 consideraciones 110 a 115) y Castillo Petrucci y otros vs. Perú (*cfr.* sentencia de 30 de mayo de 1999, consideraciones 127 a 134)]. A través de estos pronunciamientos la Corte evaluó que la justicia militar de ese momento juzgó a civiles acusados por traición a la patria, por jueces sin rostro, y que las Fuerzas Armadas tenían la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos. Dichas circunstancias de manera conjunta afectaron gravemente las garantías de independencia e imparcialidad de manera objetiva, pues se había configurado una situación de alto grado de dependencia del fuero jurisdiccional militar policial con el órgano que se encargaba de su elección. Situación que no se presenta en el momento actual de desarrollo de la justicia militar y en la presente regulación materia del pronunciamiento del TC.

19. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de Fondo, párrafo 68.

por la Corte IDH respecto de que es urgente asegurar tales presupuestos “de cualquier juez o tribunal en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas”. En dicha línea argumentativa están, los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura”.²⁰

20. Por último, el Supremo Intérprete de la Constitución destaca que jueces y justiciables de esta justicia especial tienen franqueado el derecho a plantear los procesos constitucionales a que hubiera lugar frente a amenazas o violaciones a sus derechos humanos. Por tanto, el diseño por el Parlamento de esta jurisdicción especial está cubierto por las garantías necesarias para su aplicación en el Estado constitucional de derecho que se postula para el Perú, razón por la cual nuestro Supremo Intérprete encuentra constitucional que los operadores de la justicia castrense sean militares en situación de actividad pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar Policial, habida cuenta que al asegurarse su independencia e imparcialidad, resulta innecesario privarlos de los derechos, beneficios y grados obtenidos durante el tiempo que estuvieron desempeñando funciones en el ahora denominado Cuerpo Jurídico Militar Policial y porque además la in-

dependencia del magistrado sea civil o militar, tenemos que encontrarla, antes que en las instituciones o las leyes, que por ser hechuras humanas resultan imperfectas, en su propia conciencia y en la rectitud de ánimo de las fuerzas políticas, que deben entender que en el magistrado antes que en el legislador, reside en última instancia la responsabilidad en el aseguramiento del Estado Constitucional de Derecho.

21. Por ello, cuando el Inc.1) del Art.154º preceptúa que es competencia del Consejo Nacional de la Magistratura, seleccionar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles, y, a continuación, el inciso 2) dispone también como atribución de este órgano el “ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años” y prescribe que “los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”, debe entenderse que la competencia del Consejo Nacional de la Magistratura con relación a la selección de magistrados está constreñida a miembros del Poder Judicial y Ministerio Público no a los de la justicia militar. Igualmente, cuando el inciso 3) del Art.154º dispone que el CNM es el encargado de “aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias”; que duda cabe que

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de fondo, párrafos 155 y 156.

alude a los Vocales, Jueces y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia la República (Poder Judicial) y del Ministerio Público, respectivamente. Una interpretación contraria a ésta supondría entender que la Constitución otorga al CNM la competencia de seleccionar a los jueces y fiscales, cuando sólo le autoriza a ratificar y a destituir a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, lo que no se concide con lo que establece la Constitución. El Supremo intérprete considera que el modelo por el que apuesta el legislador es compatible con la Constitución atendida la circunstancia que el CNM no tiene competencia alguna con jueces y fiscales militares, de suerte que apostar para ello por un órgano al interior del sistema judicial militar, se explica por la naturaleza de esta especial justicia.

22. Respecto de la Fiscalía Militar Policial²¹, el Guardián de la Constitución entiende que la Constitución no se ha ocupado del tema. Si bien se en el pasado se aludía sólo a una “justicia castrense”, sin tratamiento constitucional concreto respecto de quien es el titular de la acción penal militar policial. Podría entenderse que dicha atribución pertenece al Ministerio Público, pero no es menos válido sostener que estando a la libertad de configuración otorgada al legislador a fin de normar

dicha justicia especial regular el Congreso puede, como en efecto lo hizo, definir a quién le compete ello.

23. De acuerdo a lo expresado por Supremo Intérprete en resoluciones precedentes, lo que es inválido sostener en sede legislativa es la subordinación jerárquica o funcional de la Fiscalía Militar Policial, afectando su independencia funcional y competencias, como ocurría con la legislación declarada inconstitucional en otros procesos de control concentrado²². Sobre ese particular, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado, lo siguiente: “Para la Corte, la introducción de la figura de los fiscales penales militares dentro del juicio castrense, persigue los mismos objetivos que buscan las normas transcritas, es decir, al contrario de lo que alega la demanda, contribuyen a la garantía de imparcialidad de los funcionarios que administran esta justicia especial.”²³

La Jurisdicción castrense, al ser, por su propia naturaleza particular, es consistente sostener que el continuo trajinar en los cuarteles y la permanente capacitación de sus operadores de lugar a un estatuto técnico jurídico contrastado de éstos, respecto de lo que es objeto de procesamiento, lo que polariza con quienes no tienen esta vivencia. Dicha circunstancia no importa discriminación alguna, antes bien, da lugar

21 Para el TC, el órgano creado por la Ley N° 29182 es uno distinto al creado en el artículo 159° de la Constitución, aunque su denominación sea similar.

22 STC 0006-2006-PI/C del Tribunal Constitucional del Perú.

23 Corte Constitucional de Colombia, Expediente N° C-361/01.

a un tratamiento diferenciado, que en un contexto de justificación se explica debido a las distintas tareas que lleva a cabo esta jurisdicción especial.

8. EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Nº 022-2011²⁴ EN CONCORDANCIA CON LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTES MENCIONADAS Y LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Miguel Jugo Viera en representación de 6430 ciudadanos interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo Único de la ley 29548, que otorga facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia militar-policial sobre el uso de la fuerza y normas procesales y penitenciarias relacionadas a militares y policías procesados o condenados; contra los artículos 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Decreto Legislativo 1094, mediante el que se aprobó el Código Penal Militar – Policial; y contra los artículos 3.f, 4.3, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 y 27 del Decreto Legislativo 1095, que establece las reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las FFAA en el territorio nacional, lo que dio lugar a la Sentencia Nº 00022-2011-PI/TC. A este respecto, por razones de espacio nos vamos a referir sólo a los artículos relativos al Código Penal Militar Policial.

Con relación a la conceptualización del delito de función se afirma en el fundamento jurídico 68: “Corresponde descartar asimismo criterios como los de ocasionalidad, causalidad o lugar de comisión del hecho para determinar la competencia del fuero castrense. Efectivamente, para que se configure el delito de función no basta con que el ilícito se presente cuando el agente realiza un acto de servicio, que el resultado se produzca como consecuencia del mismo o que el hecho se produzca en la zona de conflicto”.

Sin perjuicio de lo expresado, en el fundamento 34 en la sentencia recaída en el citado proceso Nº 00012-2006-PI/TC), se aludió a los delitos de función “(...) la única materia que puede conocer el Código de Justicia Militar se encuentra limitada al conocimiento de los delitos relacionados estricta y exclusivamente con conductas de índole militar que afectan bienes jurídicos que la Constitución le ha encomendado proteger a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”.

Esta postura, refuerza lo que ya los precedentes del TC habían expresado al respecto: “(...) lo que caracteriza al delito de función no es la condición de militar del agente activo, sino la infracción de bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses.”

Por otro lado, la Corte IDH ha resuelto que la situación de militar en actividad es

24 Al respecto ver: GILES FERRER, Arturo Antonio: “La justicia militar policial, el sistema de defensa nacional y la autonomía en la conformación legal de los delitos de función que tiene el parlamento”, en *El Jurista*, del Fuero Militar Policial, Año V –Número 7, Lima, Julio 2016. Pág. 37 a 66.

condición necesaria más no suficiente para ser procesado por la justicia militar policial, resulta indispensable además, que el bien jurídico afectado esté vinculado a “[...] la disciplina o la misión castrense” (Caso Fernández Ortega c. México, fundamento 177). Sobre ese particular, la Corte IDH ha expresado: “[...] “si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, es necesario que se establezca la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar” (Caso Radilla Pacheco contra México, Fundamento 284).

En consecuencia, tanto el Tribunal Constitucional, cuanto la Corte Interamericana comprenden que los hechos punibles de función a que alude la Norma Fundamental, son en realidad injustos militares propios, en clave de delitos esencialmente militares²⁵, o sea, se considerarán de ese modo si vulneran bienes jurídicos exclusivamente militares. Este criterio como se verá, resulta largamente insuficiente y por ende, cuestionable.

Por tanto, dicha conceptualización de los delitos de función, constituye una interpretación doctrinaria, realizada por el órgano de Control de la Constitución, empero debe tenerse en cuenta, como acertadamente indica en su voto singular, el Magistrado Sardón de Taboada, el Art.173º constitucional diferencia (no discrimina) entre civiles y uniformados.

Además, la línea tendencial a nivel judicial ha variado, como lo expresa la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Contienda de Competencia 08-2013 proveniente de Arequipa, dirimida a favor de la justicia militar policial, en la que se estableció que al concurrir los tres factores que definen el delito de función: la condición de militar en actividad del imputado, bien jurídico institucional y sustracción de bienes del ámbito castrense y con ocasión del servicio, corresponde la competencia a la justicia militar y en la contienda de competencia 9-2015 se indica que cuando existe contienda de competencia positiva entre los fueros militar y común, ha de dirimirse al fuero común, cuando los delitos materia de imputación configuren ilícitos penales únicamente al fuero ordinario. A ese efecto, la Sala Penal Transitoria se remite al pronunciamiento del Guardián de la Constitución en la Sentencia 1674-2010-PHC/TC, de 06 de enero de 2011, la que aludiendo al proceso 17-2003-AI/TC, conceptualizó al hecho punible de función como infracciones cometidas por militares y policías en servicio, en el que la inconducta imputada debe ser cometida con ocasión de actos del servicio; asimismo, se precisó que la infracción debe afectar bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional protegidos por el ordenamiento jurídico, vinculados con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales a ellas encomendados. El Órgano de Control de la Constitución también se pronunció con relación al bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, a cuyo efecto resulta

25 Delito esencialmente militar: Es aquel que exclusivamente vulnera bienes jurídicos militares, está tipificado en función de bienes jurídicos simples que tutelan el cumplimiento de deberes sustancialmente castrenses. Es una infracción a los deberes funcionales que únicamente involucra a los militares.

indispensable que se trate de un bien jurídico particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines que la Norma Fundamental encomienda a las instituciones castrenses; además, para que se configure el delito de función no basta con que la conducta prohibida sea realizada por efectivos militares en actividad y en acto de servicio o con ocasión de él, sino que además, tal inconducta debe afectar bienes jurídicos estrictamente castrenses²⁶.

Quienes consideran que la tesis que sigue el Perú es la del delito esencialmente militar, se refugian en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, en el que se expresó: “En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.

A este respecto, es necesario detenernos en el tratamiento constitucional con relación a la teleología que anima a las FFAA y PNP. El Art.165° constitucional preceptúa que las Fuerzas Armadas “Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del

orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución”. Con relación a la Policía Nacional, el Art.166° constitucional anota que “[...] tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno”.

Como se indica en el fundamento jurídico 72 de la citada Sentencia N°00022-2011-PITC “en buena cuenta, los institutos armados persiguen garantizar la defensa nacional entendida como salvaguarda de la estructura política y social de la comunidad que se expresa en el Estado constitucional y democrático de Derecho”.

La participación de la jurisdicción castrense debe ser excepcional. Sobre ese particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

“En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (Caso *Radi-Illa c. México*, Fundamento 272)”.

Por otro lado, no ha sido mente y voluntad del colegiado precisar que los hechos punibles de función correspondan a su clasificación de injustos esencialmente

26 Fundamento jurídico 38 de la Sentencia 12-2006-PI/TC.

castrenses, habida cuenta que se ha determinado para su conceptualización el indicador de obligatoriedad (intereses jurídicos especiales, relacionados con las misiones que la ley encarga a las FFAA) antes que el de exclusividad. Por tanto, si de “bienes jurídicos propios del orden militar”, se trata, hay que realizar una interpretación de los roles que la Constitución asigna a las FFAA y PN²⁷.

En tal virtud, no debe considerarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos trate al hecho punible de función como esencialmente militar, antes bien, de la ejecutoria se infiere que tal injusto está ubicado en el delito militarizado, correspondiendo al legislador efectuar una ponderación entre intereses jurídicamente relevantes, prevaleciendo el castrense, atendida la circunstancia de su relevancia para las FFAA y PN, lo que a su vez, se corrobora con lo sostenido por nuestro TC, en el sentido que entre los caracteres esenciales de los delitos de función está “la afectación sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses”, no habiéndose precisado que la amenaza a los bienes jurídicos para la determinación de los injustos de función, sea sólo interés de las FFAA y PN.

Se cuenta, pues, con una disposición normativa con fuerza de ley que ha precisado en el marco del principio de legalidad, indispensable en el Derecho Penal, los delitos de función, a saber, el Código Penal Militar Policial, que teniendo en cuenta su contenido, rescata para sí, la tipología del delito militarizado o sea, el Congreso, estando a su voluntad política, ha apostado por la preeminencia del hecho punible de función propio militarizado. Ello se demuestra en la tipificación de injustos tales como hurto de material destinado al servicio tipificado en el Art. 135 del Código Penal Militar Policial, que en realidad es un delito contra el patrimonio, pero concretamente el bien jurídico tutelado consiste en los bienes destinados al servicio militar policial, por lo que califica como de función y la constitucionalidad de este artículo no ha estado en entredicho.

No es el caso individualizar un interés jurídico compartido, a fin de anotar que un hecho punible no es militar pues de serlo, el reconocimiento constitucional de la jurisdicción castrense carecería de sustantividad, atendida la circunstancia que los roles de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional incumben al Estado en su totalidad y no sólo a las FFAA, lo cual no es materia de debate, toda vez que el sustento para los injustos militares está en el mandato de la Norma Fundamental respecto de que tanto la seguridad externa como la interna reposan directamente en ellas y no en el pueblo u otros órganos constitucionales, entre los

27 Para quien tenga interés en este tema, sugiero revisar: GILES FERRER Arturo Antonio y AMPUERO BEGAZO, Jorge: “Fundamentos de los Bienes Jurídicos Colectivos, para sustentar la constitucionalidad de la parte penal del Código Penal Militar Policial”, en “El Jurista del Fuero Militar Policial”, Publicación del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Año II, N° 2 Lima, Noviembre 2013, pág.111 a 120.

cuales está, qué duda cabe, el mismo Guardián de la Constitución.

La tipificación del delito de función constituye una opción política, que incumbe al Poder Legislativo, con las obvias limitaciones que como todo poder constituido tiene en la Constitución.

La conceptualización del hecho punible de función que determina la competencia de la justicia castrense exige, copulativamente, el concurso de los elementos subjetivo, funcional y objetivo, que aparecen descritos en los fundamentos jurídicos 77 a 101 de la Sentencia 00022-2011-PI/TC y las referencias que allí se consignan. Nosotros vamos a entresacar algunas de las ideas contenidas en la mencionada resolución, del modo siguiente:

8.1. Elemento subjetivo

Está en función de la precisión de los individuos a quienes se les puede imputar un injusto de función como autores o partícipes, es decir, los militares o los policías en situación de actividad²⁸; atendida la circunstancia que, si la teleología que anima a la justicia castrense es asegurar el orden y la disciplina²⁹, carece de sustantividad que quien no se encuentre en la situación

militar de actividad, pueda ser procesado por colegiados militares³⁰, empero, aunque no lo dice la citada Sentencia 22-2011-PI/TC, militares y policías en situación de retiro, pueden ser procesados por la justicia militar por los delitos de función cometidos cuando se encontraban en actividad. Esta es, además, la práctica judicial militar policial actual, pues lo contrario significaría alentar la impunidad, ya que el Poder Judicial no puede aplicar el Código Penal Militar Policial.

Con relación al procesamiento de civiles, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado de tiempo atrás, en reiterada jurisprudencia, lo siguiente: “la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter”³¹, de modo que el tema, a este respecto, está zanjado y no admite discusión alguna. Ídem, tratándose de quienes se encuentran en las escuelas de formación de las FFAA y de la PN.

8.2. Elemento funcional

La inconducta debe tener por fuente u origen un acto del servicio o con ocasión de

28 Fundamentos 134 de la STC 0017-2003-A1/C, 36 de la STC 0012-2006-PI/TC así como 86 de la STC 0002-2008-PI/TC. Así lo desarrolla el Art.II del TP del Código Penal Militar Policial, tendencia seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fundamento 272 de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco) así como por el Comité de DDHH de las Naciones Unidas (párrafo 15 de las Observaciones y Recomendaciones a Uzbekistán, CCPR/C0/7 L'UZB, de 26 abril de 2001, reiterando comentarios precedentes a Polonia, Camerún, Chile, Marruecos, Siria, Kuwait. Federación Rusa además de Eslovaquia).

29 Párrafo 112 de la Sentencia de la Corte IDH del 18 de agosto de 2000 (Fondo), Caso Cantoral Benavides c. Perú, C-69 así como párrafo 128 del Caso Castillo Petruzzi.

30 Párrafo 111 de la Sentencia en el Caso Usón Ramírez.

31 Párrafo 128 de la Sentencia en el Caso Castillo Petruzzi.

él³², ergo no lo dice la sentencia de marras, pero es útil mencionar que la comisión u omisión de un acto de la función debe ser, a su vez, un elemento constitutivo del delito. Además debe ser ontológicamente relevante, de suerte que justifique el reproche penal³³, de lo contrario estaríamos ante una infracción disciplinaria. Los colegiados castrenses solamente están autorizados para conocer de delitos de función³⁴. La sentencia en comento indica además en el fundamento jurídico 81, que es necesario “que la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma, una actuación legítima enmarcada en las funciones encargadas por la Constitución o las leyes a las FFAA o a la PNP”, empero esto último es cuestionable dado que el cumplimiento de ninguna función pública consiste en cometer delito, precisamente el delito se comete al no cumplir o incumplir la función.

Indica también la prenombrada sentencia en el fundamento jurídico 82 que es necesaria la existencia de “una relación normativa entre la actividad del policía o militar —función encomendada— y la comisión del delito”, lo que significa que una correcta inteligencia del delito de función, supone pensarlo como la fractura

“de un deber institucional que forma parte del rol jurídico que corresponde desarrollar a militares y policías en la sociedad”. Esto implica que un hecho punible será de función si hay un nexo causal con la función, vale decir, el injusto tiene que aparecer como “abuso de poder —o una extralimitación— ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado”, pues lo contrario significaría que “la garantía de los bienes jurídicos más relevantes para la vida social en el Estado constitucional y democrático de Derecho no encontrarían tutela efectiva en la justicia ordinaria”³⁵.

Resulta indispensable entonces, que el agente vulnere una obligación suya con arreglo a la condición de castrense que intenta, o sea que incumpla un deber propio del cargo por el que se encontraba obligado a llevar a cabo o no una conducta en pro de un interés tenido como de la mayor importancia según el Congreso, en función del instituto armado con el que está relacionado, como se expresó en los fundamentos 134 y 36 de las STC 0017-2003-AI/TC y 0012-2006-PI/TC, respectivamente.

En el Derecho Interno, la función militar policial, comprende el “conjunto de tareas que se realizan en tiempo de paz, o

32 Para quien desee referencias adicionales sobre este particular, ver, GILES FERRER, Arturo Antonio y AMPUERO BEGAZO, Jorge: “Ocasión del servicio y su interpretación a través de las teorías del tipo objetivo y de la imputación objetiva”, en “El Jurista del Fuero Militar Policial”, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Lima, Diciembre 2015, pág.171 a 176.

33 Fundamento 134 de la SIC 0017-2003-A11'W, seguido por fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC, fundamento 86 de la STC 0002-2008-PI/TC; y, asimismo, en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

34 Párrafo 9 de las Observaciones y Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de NNUIJ a Egipto, CCPR/C/79/Add.23, de 9 de agosto de 1993.

35 Sentencia del Tribunal Constitucional boliviano 0664/2004-R, de 6 de mayo de 2004, Expediente 2004-08469-17-RAC.

durante el régimen de excepción o conflicto armado, en cumplimiento de la Constitución Política del Perú, las leyes y los reglamentos correspondientes”, con la atinencia que “el ejercicio regular de la función militar o policial, durante operaciones o acciones militares o policiales, no genera responsabilidad penal, sin perjuicio de las investigaciones institucionales a que haya lugar”³⁶. Lo anterior significa que en dicha categoría tiene que considerarse: [...] el ejercicio regular en aquellas tareas, actividades, acciones u operaciones que les corresponde realizar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en acto, consecuencia o con ocasión del servicio, en razón a las finalidades que la Constitución y la ley disponen para estas instituciones³⁷.

8.3. Elemento objetivo

Reposa en ese interés jurídicamente relevante que a las instituciones castrenses y policiales conviene preservar a toda costa en orden al cumplimiento de sus misiones constitucionales, que técnicamente se denomina:

8.3.1 Bien jurídico militar

Como se expresa en el fundamento jurídico 89 de la sentencia recaída en el citado expediente N° 00022-2011-PI/TC, la racionalidad del bien jurídico, en el hecho punible de función, se basa en que aquel es el indicador de legitimación

material respecto del que son habilitadas las competencias de los colegiados militares. En efecto, los criterios contenidos en las STC 454-2006-HC/TC, 2-2008-APTC y 1-2009-AI/TC precisaron los contenidos del delito de función anotando que, “enunciativamente”, estos injustos aluden a atentados a bienes jurídicos que afecten o amenacen la existencia, organización, funciones, actuación, disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional así como la seguridad del estado. La expresión “enunciativamente” que utiliza el colegiado constitucional, resulta clave en la reflexión, porque significa que no es un listado cerrado, taxativo o *numerus clausus*, sino, más bien, *numerus apertus*, que abre el paso a los delitos pluriofensivos.

8.3.2 Principios militares: sustento de los bienes jurídicos castrenses

El Comité de Derechos Humanos surgió constreñir “la competencia de los tribunales militares a las cuestiones internas de disciplina y asuntos análogos” (párrafo 18 de las Observaciones y Recomendaciones a Colombia, de 5 de mayo de 1997, reiteró lo requerido en 1992, CCPR/C/79/Add.2). “Cuestiones internas” de dicha envergadura, que a criterio del Guardián de la Constitución, están constituidas por la unidad, jerarquía, subordinación, orden, disciplina, acción u operación militar, entre otras, al estar relacionadas a puntuales bienes jurídicos militares³⁸.

36 Art. VIII del Título Preliminar de la Ley 29182.

37 Art. 11° de la Resolución Administrativa 126-2011-FMP/TSMP/SG.

38 Fundamento 83 de la STC 0023-2003-AI/TC

Por tanto, es correcta la incorporación de la “disciplina” en el Código de la materia, en tanto principio militar, la que es conceptualizada como la reunión de obligaciones que determinan al uniformado la continuidad en la situación de actividad, la subordinación y estricto acatamiento al orden dispuesto y normas que la desarrollan³⁹. En ella descansan casi todos los bienes jurídicos cubiertos por los hechos punibles de función.

Los mandatos de optimización para los uniformados, cuyo desconocimiento sustenta la tipificación del injusto al que nos referimos, se encuentran contenidos en el citado cuerpo de leyes especial. Tal categoría vincula a la subordinación; conceptualizada como el ejercicio de autoridad del de mayor graduación respecto del inferior, en el contexto de la organización de las instituciones armadas y policiales, en cuya función se consolida el respeto, obediencia, acatamiento y colaboración vinculados al grado⁴⁰. De otro lado, es útil referirnos al mando, conceptualizado como prerrogativa así como deber de impartir disposiciones, vinculado al principio de autoridad respecto de quienes ostentan menor graduación⁴¹.

Asimismo, el Código Penal Militar Policial ha declarado a la defensa nacional como esencial,⁴² sobre el cual el código político en el Art. 163º ha preceptuado:

“El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo”.

A ese respecto, el órgano de control de la Constitución, de tiempo atrás, ha expresado que la teleología que anima las actividades de defensa interna, no es otra que la de asegurar el desarrollo económico y social del estado, enfrentar amenazas al interior del territorio, asegurar el normal devenir del país y de los derechos humanos⁴³, cautelar el orden y los poderes públicos por medio de los principios democráticos⁴⁴, en el marco del Estado constitucional de derecho que se postula para nuestro país.

De otro lado, se ha sostenido que la defensa nacional es integral y permanente, caracteres que de acuerdo a la STC 0017-2003-AI/TC implican la reunión de acciones que aseguren la permanencia en el tiempo de la sociedad políticamente organizada. Ello involucra su integridad, unidad y actuación con independencia interna y soberanía así como la viabilidad de que el desarrollo se lleve a cabo de la manera más adecuada.

De otro lado, es útil mencionar que la defensa nacional no es sólo un principio castrense y policial; puesto que en ella

39 Artículo XIV.a del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

40 Artículo XIV.b del Título Preliminar.

41 Artículo XIV.c del Título Preliminar.

42 Artículo XIV.d del Título Preliminar del Código Penal Militar.

43 Reiterado en fundamento 14 de la STC 0002-2008-PI/TC.

44 Fundamento 2 de la STC 0005-2001-AI/TC.

participan los miembros de la Nación. No obstante que, entre ellos, las FFAA y la PNP tienen una participación de la mayor importancia, ello no implica que tal sistema se constriña a las políticas públicas vinculadas a la praxis militar; siendo, por tanto, la función castrense o policial solamente una de sus dimensiones⁴⁵. Por tanto, la defensa nacional, como principio militar, tiene que ser entendida como valor que obliga a la tución de intereses particulares, constreñidos a las misiones que la Norma Fundamental y leyes encomiendan a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional⁴⁶.

En virtud de lo expresado, el TC en el fundamento jurídico N° 96 de la Sentencia recaída en el citado Expediente 00022-2011-PI/TC, refiriéndose al Art. XIV.e del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1094, “principio de subordinación al poder constitucional”; entiende que la obligación de resguardar el orden constitucional es un deber general que obliga a todos en tanto miembros de un Estado constitucional y democrático de Derecho. En esa virtud, en opinión de la mayoría que suscribe la citada sentencia, cuando la prenombrada disposición normativa preceptúa que “el delito de función previene y sanciona todo acto de un militar o policía que atente contra el orden constitucional”, dicha aseveración tiene que interpretarse constreñida a los hechos punibles que tengan los elementos del injusto de función. Esto resulta objetable.

En esa línea de pensamiento, tener una correcta inteligencia de los delitos de función importa considerar el nexo causal existente entre la inconducta y los principios militares de disciplina, subordinación, mando, obediencia, defensa y seguridad a que se contrae el Título Preliminar del Código Penal Militar Policial. Es indispensable, además, que el comportamiento proscribido suponga una afectación a las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Las inconductas tributarias de injustos de función son de dos clases, a saber, hechos punibles de función *stricto sensu*, que cobertura con exclusividad bienes jurídicos militares o policiales y aquellas *lato sensu*, relativas a delitos pluriofensivos, vale decir, delitos que importan la afección al mismo tiempo de más de un bien jurídico, o sea bienes jurídico-penales castrenses y comunes.

En el fundamento 99 de la sentencia en comento, se expresa que frente al segundo grupo de injustos, un adecuado criterio de tipificación por el Congreso determina un tipo de delito de función siempre que el bien jurídico involucrado sea castrense, de lo que se desprende, con claridad meridiana, que no a todo injusto, por su naturaleza pluriofensiva, debe excluirse de ser delito de función⁴⁷. Empero, el criterio de la sentencia en mayoría para nosotros cuestionable, es que resulta inválido el reproche a

45 Fundamento 31.

46 Párrafo 51 de la Sentencia de la Corte IDH de 06 de diciembre de 2001 (Fondo), caso Las Palmeras contra Colombia, C-90, Arts. 165° y 166° de la Constitución Política.

47 Fundamento 4 de la STC 1154-2002-1-HC/TC.

través del hecho punible de función de conductas cuyo injusto se sustenta en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales comunes⁴⁸, lo que supone, asimismo, no favorecer casos de doble incriminación.

En consecuencia, procede para los casos de poca claridad respecto de la relación funcional entre el hecho punible y la actividad que cumplía el uniformado, al fuero común el procesamiento de los injustos comunes incoados⁴⁹. Por ello resulta coherente que sea la Corte Suprema de Justicia la que dirima las contiendas de competencia sustanciadas entre la justicia castrense y el fuero ordinario⁵⁰.

En esa virtud, es inteligible que el indicador de control que debe aplicarse de cara a determinar cuando estamos ante un delito de función es el contenido en el Art. 173° constitucional.

Por otro lado, resulta útil anotar que cuando se alude a bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, se hace referencia a los roles que la Constitución les encomienda, en el marco del Sistema de Defensa Nacional, que como tales, tienen dentro de su ámbito competencial particular relevancia, atendida la circunstancia que son directos responsables; lo que las distingue de cualquier otra autoridad, funcionario o ciudadano de a pie.

Qué duda cabe, que toda persona natural o jurídica está obligada a contribuir con el orden interno y externo del Estado y a participar en la Defensa Nacional, como

reza el Art. 163° constitucional incontablemente citado; empero dicha circunstancia no implica que el interés que tiene la sociedad respecto de tales aspectos, sea igual al que existe en el ámbito militar, pues de lo contrario, el código político no se ocuparía de una justicia especial.

Lo expresado es sin perjuicio que frente a la incertidumbre respecto a la naturaleza del injusto, se tiene que proceder en favor del fuero común. A ese respecto el Supremo intérprete de la Constitución, de tiempo atrás, ha afirmado: “(...) En efecto, en la interpretación que realicen tanto el Legislador Penal como los jueces sobre si una determinada conducta debe ser considerada como un delito de función militar o policial, o un delito ordinario, debe emplearse un criterio restrictivo, es decir, limitado o ceñido exclusivamente a aquellas conductas que claramente tengan una índole militar o policial, debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, de modo tal que, de un lado, de existir dudas en cuanto a la tipificación de una determinada conducta como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas deben resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria; y, de otro lado, de existir dudas en cuanto a la interpretación de si una determinada conducta constituye o no delito de función (en el caso del juzgador), tales dudas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario y por lo tanto

48 Fundamento 5 de la STC 1294-2007-PHC/TC.

49 Sentencia C-878/00 de la Corte Constitucional colombiana.

50 Artículo 180 del Código Penal Militar Policial.

susceptible de ser conocido por la jurisdicción ordinaria”. Y actualmente, como se asevera en el fundamento jurídico 100 de la incontablemente citada sentencia 22-2011, de la naturaleza restrictiva y excepcional de la jurisdicción militar, se colige con claridad meridiana que en caso de incertidumbre sobre la correcta tipificación y aplicación de los hechos punibles de función, debe solucionarse la controversia en pro del fuero común⁵¹, tal como puntualiza el Ombudsman peruano⁵².

Queda pues, meridianamente claro, que para el supuesto de los hechos punibles de función a que se contrae el Código Penal Militar Policial, no se está ante dicha incertidumbre, siendo que se considera para todos sus efectos (atendiendo al contenido del deber militar desarrollado anteriormente) el bien jurídico involucrado, de cara al interés institucional (de la existencia misma) de las FFAA y PN. Es importante mencionar a este respecto que el propio Supremo intérprete de la Constitución ha expresado de tiempo atrás: “(...) en cuanto a la identificación de un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, se requiere (...) que éste sea un bien jurídico particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines que la Constitución asigna a las instituciones castrenses”.

Inconductas tales como insulto al superior, insubordinación, traición a la pa-

tria, hurto de material destinado al servicio etc., vulneran la integridad institucional en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, la Defensa Nacional y los bienes destinados al servicio militar y policial, respectivamente. Teniendo en cuenta que es mente y voluntad del Congreso consignar el injusto de función también como delito militar propio militarizado (de lo contrario no hubiera incorporado tales hechos punibles en el Código Penal Militar Policial), estimamos que tal postura es la que tiene primacía.

De otro lado, la ejecutoria en comento, en los fundamentos jurídicos 342 y 343, interpretó el Art. 27º del Decreto Legislativo N° 1095 (reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las FFAA), al preceptuar que “las conductas ilícitas atribuibles al personal militar” de conocimiento de la jurisdicción privativa, únicamente son las que se tipifican como delitos de función. De esta suerte, el Guardián de la Constitución, hace írrita la posibilidad que el precepto contenido en el citado Art. 27º, pueda ser utilizado para que atentados contra los derechos fundamentales e injustos comunes que pudiesen cometer militares o policías, en el contexto que posibilita el prenombrado dispositivo legal, puedan ser ventilados por la jurisdicción castrense. Éstos tendrán que ser de conocimiento del fuero común, pero también cierra las puertas a que se produzcan delitos pluriofensivos. Esto último resulta cuestionable.

51 Fundamento 38.a de la STC 0012-2006-PI/TC.

52 Informe Defensorial 66, de 2003.

8.4. PAPEL DEL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN PERUANO ASÍ COMO SU INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN

El Supremo intérprete de la Constitución, en la Resolución N° 0012-2006-PI/TC respecto del derogado Código de Justicia Militar⁵³, se pronunció por la no inconstitucionalidad de los hechos punibles castrenses: traición a la patria, motín, negativa del militar o policía de evitar rebelión, sedición o motín, colaboración con organización ilegal, falsa alarma, infidencia, conspiración del personal militar policial, posesión no autorizada de información e infidencia culposa. Empero, declaró inconstitucionales otros por entender, que carecían de las “características del delito de función”. Ello resulta cuestionable.

Tales eran los casos de la rebelión (artículo 68°), la sedición (Incs. 1 y 4 del Art. 70°, que aludían a obstaculizar el acatamiento de alguna norma legal, sentencia o sanción y a participar en algún acto de alteración del orden público, respectivamente) y el derrocamiento (Art. 75° en el extremo que disponía “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”), para los que se precisó que el bien jurídico tutelado no es uno institucional de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, sino el régimen constitucional. El TC consignó en el fundamento 56: “(...) cuando se consagra como delito de función la conducta de un militar o de un policía que alzándose en armas busca alterar o suprimir el régimen constitucional, no se está

buscando proteger un bien jurídico propio y particular de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, ni se está afectando la defensa militar de la Nación, antes bien, se busca proteger un bien jurídico como el régimen constitucional, es decir, un régimen en el que existe un control efectivo de los poderes del Estado y una vigencia efectiva de los derechos fundamentales, entre otros aspectos y que por lo tanto, por no ser un bien jurídico estrictamente castrense, debe ser protegido mediante la legislación penal común (...)”. No se tiene en cuenta, sin embargo, que el militar por su propia condición de garante del orden jurídico y titular por el Estado, del uso de la fuerza, está más obligado que el civil y por ende el tratamiento jurídico en general y la penalidad en particular, debería ser mayor.

Adviértase que la aproximación se efectuó en orden a la conceptualización del delito como estrictamente castrense, que, como se expresaba, dista de ser la que contempla el derecho peruano. En el fundamento jurídico 38 de la mencionada resolución se aseveraba: “La razón de ser de las Fuerzas Armadas es fundamentalmente la defensa militar del Estado Constitucional”.

Efectivamente, ¿no resulta contradictorio?, ¿acaso la defensa del orden constitucional no es una función directamente encargada a tales instituciones, de suerte que el no cumplimiento de dicha obligación afecta la supervivencia del Estado?, ¿no es la defensa del orden constitucional una cuestión de la mayor trascendencia en clave de la razón de ser de tales institutos, teniendo

53 El derogado Código de Justicia Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo No 961 de enero de 2005.

en cuenta los roles que la Constitución les encomienda de cara a la defensa nacional?, ¿resulta lógico que la defensa nacional sea marginal a la del Estado Constitucional de Derecho?. Las respuestas son evidentes, teniendo en cuenta asimismo, que los efectos de que un uniformado pueda generar en función de la comisión de tal inconducta resultan sustancialmente distintos que los correspondientes a cualquier otra autoridad o persona.

Con relación a los hechos punibles contra personas protegidas por el Derecho de la Guerra, la sentencia en comento entendió que no pueden constituir injustos de función, habida cuenta que dicha disciplina jurídica cuenta con particular regulación y en esa virtud, el Derecho Internacional del Conflicto Armado viene a ser el aplicable a estas situaciones de violencia, el cual pretende regular la oportunidad y forma de efectuar los actos de fuerza, con el propósito de prevenir que los conflictos salgan del cauce jurídico.

Con respecto a lo expresado, el TC consideró que mal se haría en reconocer la competencia de la justicia militar para tales injustos, teniendo en cuenta que hay deberes estatales internacionales con relación a los órganos competentes para conocer de dichas materias. A ello se suma, el evidente valor e interés que esta disciplina jurídica ha adquirido en la actualidad, particularmente

desde los conflictos armados internacionales que presenciamos día a día por los medios de difusión social, siendo como es que “en la historia reciente de las relaciones internacionales jamás se había apelado tanto al derecho de los conflictos armados como hoy en día; nunca (...) este cuerpo normativo había estado tan presente no sólo en el discurso doctrinal, sino también en los medios diplomáticos”⁵⁴. Nosotros tenemos una postura discrepante a este respecto⁵⁵.

Con relación a los hechos punibles de insulto al superior-agresión, amenazas y agresión al servicio de seguridad, el Guardián de la Constitución afirmó: “(...) mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (en actividad), que en acto de servicio o con ocasión de él, agrede a un superior, causándole lesiones leves, afectando el bien jurídico integridad física de una persona (que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional). En consecuencia, no forma parte de las características básicas del delito de función, (...)”.

Con respecto a los delitos de coacción, injuria y difamación expresó: “(...) mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (en actividad), que en acto de servicio o con ocasión de él, coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad

54 CONDORELLI, L. “L’évolution des mécanismes visant à assurer le respect du Droit international humanitaire”. En: *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L’évolution du Droit international*, París, 1998, p. 127.

55 Al respecto, ver GILES FERRER, Arturo Antonio y AMPUERO BEGAZO, Jorge: “Fundamentos de los bienes jurídicos colectivos, para sustentar la constitucionalidad de la parte penal del Código Penal Militar Policial”, en *El Jurista del Fuero Militar Policial*, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Noviembre 2013, pág.111 a 121, artículo citado precedentemente.

a un superior, afectando bienes jurídicos como el honor de un individuo o la libertad personal (que no son bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional) (...). En consecuencia, no forma parte de las características básicas del delito de función”.

Respecto de la vulneración a dichos bienes jurídicos (integridad, libertad, honor) nos remitimos a lo expresado en el sentido, que en tanto estas conductas se cometan en el medio militar, dañan sensiblemente la disciplina, bien jurídico éste último que tiene preeminencia de cara al deber militar, y que es reconocido por el Guardián de la Constitución: “no es ajeno a este Colegiado, la importancia que posee el bien jurídico castrense disciplina que afecte las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional”.

No se trata de una injerencia en el plano de los bienes jurídicos ordinarios, como erróneamente en nuestro concepto, comprendió el Supremo intérprete de la Constitución, sino de contextualizar el bien jurídico vulnerado en los roles constitucionales de las FFAA y PN, que en este caso se constituye en el soporte de la disciplina, base de la vigencia de la obligación castrense.

Similar postura se da en el delito de empleo indebido de armas, en el cual, a pesar de estar presente una afectación a la administración pública, desde una postura macro, se entiende con claridad meridiana que tal inconducta implica una afectación al bien jurídico mantenimiento de la disciplina castrense o policial o, en términos

del TC, “disciplina que afecte las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional”. Igualmente, con relación a otros hechos punibles expulsados del ordenamiento jurídico en la citada resolución.

Finalmente, respecto del actual Código Penal Militar Policial, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1094 de 01 de septiembre de 2010, la Sentencia 0022-2011-PI/TC, en mayoría, reafirmó como constitucionales los Arts. 65 (colaboración con organización ilegal)⁵⁶, 91 (métodos prohibidos en las hostilidades), 92 (medios prohibidos en las hostilidades), 95 (impedimento a operaciones humanitarias), 96 (utilización indebida de signos protectores), 130 (excesos en el ejercicio del mando), 132 (exceso en el mando en agravio del subordinado), 140 (certificación falsa sobre asuntos del servicio) y 142 (destrucción de documentación militar policial) del Decreto Legislativo N° 1094, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico. Asimismo, declaró fundada, en parte, la demanda e inconstitucionales los arts. 60 (rebelión), 81 (devastación), 82 (saqueo), 83 (confiscación arbitraria), 84 (confiscación sin formalidades), 85 (exacción), 86 (contribuciones ilegales), 87 (abolición de derecho), 88 (afectación de personas protegidas), 89 (lesiones fuera de combate), 90 (confinación ilegal), 93 (medios prohibidos en las hostilidades), 97 (daños graves al medio ambiente), y 131 (excesos en el mando – tipo imprudente) del Decreto Legislativo N° 1094, Código Penal Militar Policial, por no constituir delitos de función, según lo

56 Con fecha 29 de enero de 2016, se expidió el Auto 5 – Aclaración a la Sentencia 00022-2011-PI/TC.

establecido en el artículo 173 de la Constitución, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico. También declaró inconstitucional parte del Art. 62° (sedición) del Decreto Legislativo N° 1094, en los extremos que expresa: “impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción, [...], deponer a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren, impedir el ejercicio de sus funciones, o participar en algún acto de alteración del orden público, [...]”. Subsiste el mencionado artículo de la siguiente forma: “El militar o el policía que en grupo se levanta en armas para incumplir una orden del servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación. Si para realizar tales actos emplea las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de quince años”. De otro lado, declaró inconstitucional parte del Art.68° del Decreto Legislativo N° 1094, en el extremo que incluye la palabra “rebelión”. Queda subsistente el mencionado artículo de la siguiente forma: “El militar o el policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la prevista para el delito que se trataba de perpetrar”; e, interpretando la palabra “sedición” en el único sentido de que ésta busca proteger bienes jurídicos estrictamente castrenses”. Asimismo, interpretó los Arts. XIV.e y XIV.d del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1094, referidos a los principios de “defensa y seguridad de la República” y de “subordinación al poder constitucional”, respectivamente, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución y los elementos del delito de función desarrollados en los fundamentos de esta

sentencia y en la jurisprudencia de este Tribunal. Interpretó la frase “las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas”, establecida en el artículo 27 del Decreto Legislativo N° 1095, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución y los elementos del delito de función desarrollados en los fundamentos de esta sentencia y en la jurisprudencia de este Tribunal. Asimismo, reafirmó como constitucionales los artículos 63 (motín), 64 (negativa a evitar rebelión, sedición o motín), 66 (falsa alarma) y 67 (derrotismo) del Decreto Legislativo N° 1094, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, coincidimos con el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, quien concuerda con la sentencia en mayoría, en la medida que confirma la constitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1094, empero discrepa de ella en que declara inconstitucionales o dispone un sentido interpretativo para las demás disposiciones normativas impugnadas en el presente proceso de inconstitucionalidad. En lo que sigue resumimos su planteamiento.

La tesis de Sardón de Taboada que compartimos en su integridad, se sustenta en que la sentencia en mayoría, siguiendo la jurisprudencia del Supremo intérprete de la Constitución postula una incorrecta interpretación del citado Art.173° constitucional.

La mencionada disposición normativa establece una jurisdicción castrense cuya misión es la de procesar a militares y policías, en caso de delito de función, con arreglo al Código Penal Militar Policial. De otro lado, distingue entre civiles, policías y castrenses.

Empero, para tener una correcta inteligencia de tal disposición normativa, anota el citado magistrado, resulta indispensable apreciarla en su relación con los Arts. 38°, 163°, 165°, 166°, 169° y 175° de la Norma Fundamental⁵⁷, de lo que fluye con claridad meridiana que existe un deber general de civiles, militares y policías de respetar, cumplir y defender la Constitución y el orden jurídico y participar en la defensa nacional, de acuerdo a ley. Sin embargo, tal obligación se encuentra sujeta a un nivel de acatamiento mayor y contempla obligaciones adicionales para castrenses y policías, a saber:

Los preceptos que se ocupan de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están ubicados en el capítulo de la Norma Fundamental relativo a la seguridad y defensa nacional, debido a que militares y policías son las autoridades por las que la sociedad políticamente organizada monopoliza el uso legítimo de la fuerza, con las limitaciones contenidas en la Carta Magna, las leyes y los tratados internacionales. Los civiles no pueden hacer uso de la fuerza, salvo en legítima defensa; incluso, para el

caso de un conflicto armado internacional regulado por el Derecho Internacional Humanitario, se les tiene en principio, por no combatientes.

Castrenses y policías forman parte de una organización cuyo funcionamiento depende del mantenimiento del orden y la disciplina entre éstos.

Para cumplir sus fines, los uniformados tienen un entrenamiento especial, elemento fundamental a fin de valorar su intervención en la defensa y seguridad nacionales, en comparación a los civiles. A estos últimos no se les exige efectuar tales tareas.

A continuación, un extracto de la posición del magistrado Sardón de Taboada, “Por ello, existe la diferenciación establecida en el artículo 173°, referente a que los civiles no pueden ser juzgados de acuerdo con el Código de Justicia Militar Policial, pues éste contiene disposiciones inaplicables por su naturaleza a los civiles, como podría ser el delito de cobardía regulado en el artículo 110° del mismo. La existencia de este delito muestra la diferencia de deberes

57 “Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación.”

“Artículo 163.- El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional.

La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.”

“Artículo 166.- La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.”

“Artículo 169.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional.”

“Artículo 175.- Sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, así como las que se fabriquen o se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin proceso ni indemnización. (...)”

entre un militar o policía y un civil, pues éste no se encuentra obligado a enfrentar al adversario en combate, mientras que para aquéllos constituye un delito no hacerlo”.

Que los militares y policías puedan asumir mayores riesgos no sólo se deriva de su mayor entrenamiento y disciplina sino, también, del armamento superior con el que cuentan, ya que, conforme lo establece el artículo 175° de la Constitución, sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer usar armas de guerra... los civiles están prohibidos de tenerlas...

Es por esta razón que militares y policías se encuentran sometidos a un Código de Justicia especial, para que sean juzgados de acuerdo con un estándar superior de conducta y subordinación al orden constitucional... De ahí que el artículo 169° de la Constitución recalque que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están subordinadas al poder constitucional. Esta afirmación...es específica para dichas instituciones...

...la actividad de las Fuerzas Armadas y de la Policía se desarrolla de manera muy distinta a la forma en la que los civiles acatan su deber de lealtad y defensa del ordenamiento jurídico. Ello refleja la perspectiva de la Constitución, que distingue los deberes generales de lealtad al ordenamiento jurídico y de defensa nacional, previstos en los artículos 38° y 163°, de las misiones específicamente encargadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional en sus artículos 165° y 166°.

...Una conducta permitida a un civil bien puede ser prohibida a un militar o policía en ejercicio de sus funciones. Asimismo, un acto ilícito que atente contra bienes jurídicos castrenses podrá afectar en mayor grado el orden constitucional, la seguridad

y la defensa nacionales, si es realizado por un militar o policía en ejercicio de sus funciones.

....ello permite comprender por qué el artículo 173° de la Constitución exige que los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones se juzguen en aplicación de las disposiciones contenidas en un Código de Justicia especial y no a través de las normas del Código Penal, las cuales resultan aplicables para determinar la responsabilidad penal de las personas en todos los demás casos.

La sentencia en mayoría considera que el Código Penal Militar Policial debe reprimir las conductas que comprometan de forma directa y exclusiva bienes jurídicos relativos al funcionamiento de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, con exclusión de aquellas conductas que de manera concurrente afectan otros bienes jurídicos de relevancia constitucional.

Dicha lectura es incorrecta dado que los delitos de función no son exclusivamente aquellos que afectan orgánicamente a las instituciones citadas... Conforme a lo expuesto supra, los integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional deben adecuar su comportamiento a estándares de conducta particularmente exigentes. De ahí que puedan considerarse delitos de función: (i) los actos permitidos para la generalidad de las personas, pero prohibidos para los policías y militares en ejercicio de sus funciones; y, (ii) los actos prohibidos para todos, pero que suponen un reproche jurídico más intenso, si son llevados a cabo por efectivos militares o policiales en ejercicio de sus funciones.

Así, dado que policías y militares tienen un deber de defender el ordenamiento

constitucional más intenso que los demás ciudadanos, está justificado que un hecho ilícito reciba un tratamiento jurídico diferenciado cuando es cometido por un integrante de esas instituciones en el ejercicio de sus funciones..., si bien nadie debe rebelarse contra el orden constitucional, resulta más grave la rebelión de los encargados de defenderlo mediante el uso de la fuerza...

La sentencia en mayoría insiste en considerar que militares y policías tienen un deber de fidelidad frente al ordenamiento constitucional equivalente en intensidad y manifestaciones al de los demás ciudadanos. Por esa razón, concluye que los delitos de función son exclusivamente aquellos que comprometen bienes jurídicos de titularidad castrense, omitiendo considerar que algunas conductas pueden estar prohibidas para todos, pero ser más reprochables si las cometen militares y policías en el ejercicio de sus funciones.

Es válido y constitucional, pues, que existan tipos penales similares en el Código Penal y el Código Penal Militar Policial...

....resultan erradas las interpretaciones realizadas en la sentencia de los artículos XIV, incisos d. y e., del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1094, así como del artículo 27° del Decreto Legislativo N° 1095, en tanto vinculan la misma con el concepto de delito de función presentado en la misma”.

Por consiguiente, el voto del magistrado Sardón de Taboada fue porque se declaró infundada la demanda en el extremo que cuestiona la constitucionalidad de los tipos penales contenidos en los artículos 60° (rebelión), 62° (sedición), 68° (conspiración), 81° (devastación), 82° (saqueo), 83° (confiscación arbitraria), 84° (confiscación sin formalidades), 85° (exacción), 86° (contribuciones ilegales), 87° (abolición de derecho), 88° (afectación de personas protegidas), 89° (lesiones fuera de combate), 90° (confinación ilegal), 93° (medios prohibidos en las hostilidades), 97° (daños graves al medio ambiente), y 131° (excesos en el mando – tipo imprudente) del Decreto Legislativo N° 1094; y el artículo 27° del Decreto Legislativo N° 1095.

Benji Gregory Espinoza Ramos¹

¿EN UNA INVESTIGACIÓN POR LAVADO DE ACTIVOS PUEDE ORDENARSE, COMO OBJETO DE LA PERICIA CONTABLE, LA DETERMINACIÓN DE “DESBALANCE PATRIMONIAL”?

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN; II. BREVE ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS; III. LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN LA LEY PENAL VIGENTE – D. LEG. N.° 1106; IV. EL DESBALANCE PATRIMONIAL COMO ELEMENTO TÍPICO DE OTRO DELITO: EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO; V. SE VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL CUANDO SE ORDENA UNA PERICIA CONTABLE QUE SUPONE UNA AUDITORÍA GENERAL PATRIMONIAL Y DETERMINACIÓN DE DESPROPORCIÓN PATRIMONIAL; VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El presente trabajo aborda una cuestión problemática suscitada en la práctica en las investigaciones que emprende la Fiscalía en los delitos de lavado de activos. Concretamente, se plantea la interrogante sobre la necesidad de ordenar una pericia contable en este delito económico. El autor parte del análisis de la morfología típica del delito, concluyendo que —de acuerdo al principio de legalidad penal— la práctica de una pericia contable es ajena a una investigación por este tipo penal, mas sí es indispensable en el delito de enriquecimiento ilícito.

¹ Profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y del Centro de Estudios Continuos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor del libro “Litigación Penal. Manual de aplicación del proceso común”.

ABSTRACT

This paper discusses a problematic issue raised in investigation practice that the District Attorney's Office takes for crimes of money laundering. Specifically, the question arises as to the need for requiring an accounting expert testimony on this economic crime. The author starts analyzing the typical morphology of the crime, concluding that—as per the principle of legality in criminal proceedings—the practice of an accounting expert testimony is excluded from an investigation for this criminal type, but it is essential in the crime of illicit enrichment.

INTRODUCCIÓN

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Es innegable que en las investigaciones por el delito de lavado de activos que encabeza el Ministerio Público se tenga por pieza fundamental la realización de una pericia contable, la misma que—a partir de datos indiciarios recabados en las indagaciones— lleva adelante un perito contable con el propósito de hacer una valuación técnico-contable que explique y concluya—conforme su objeto, método y análisis—la historia patrimonial del investigado.

No obstante, si bien esta fuera de discusión el desarrollo de la pericia contable como acto de investigación clave para esta clase de delitos, lo que resulta asaz polémico es constatar cómo constantemente en las disposiciones fiscales de pericias contables se determina como objeto pericial establecer la existencia de desbalance patrimonial en el investigado.

En este breve artículo expondremos nuestras razones jurídicas por las que consideramos que la determinación de desbalance patrimonial en el investigado es un objeto ajeno a las pesquisas por lavado de activos, a partir de que la estructura del tipo penal no exige determinar este elemento típico.

II. BREVE ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

En nuestra legislación el delito de lavado de activos recién se reguló en el mes de noviembre de 1991 mediante D. Leg. N° 736, no obstante, cabe resaltar que esta regulación se refería específicamente al delito de tráfico ilícito de drogas como delito fuente.

Ulteriormente, en el año 2002 mediante la Ley N° 27765, este delito fue regulado como aquella actividad ilícita que ya no solo se circunscribía como delito fuente al tráfico ilícito de drogas, sino también a otros tipos penales, además se estableció en una ley especial que no se encontraba ubicada en el Código Penal, y fue así, con el fin de evitar la discusión doctrinal de señalar cual es el bien jurídico que protege este delito, así como su ubicación sistemática dentro del código penal.

Cabe destacar que actualmente la normativa vigente para analizar al delito de lavado de activos se encuentra regulada en el D. Leg. N° 1106², como veremos a continuación en un parangón sobre la tipicidad objetiva en relación a la Ley N° 27765 y el D. Leg. N° 1106, que versan sobre el delito de lavado de activos.

2 Ya que el D. Leg. N° 1249 ha realizado modificaciones que no cambian la morfología típica establecida en el D. Leg. N° 1106.

Ley N° 27765**D. Leg. N° 1106****Artículo 1.- Actos de conversión y transferencia**

El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Artículo 2.- Actos de ocultamiento y tenencia

El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Artículo 3.- Formas agravadas

La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando:

a) El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil. b) El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal.

La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, el terrorismo o narcoterrorismo.

Artículo 4.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

El que, incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del Artículo 36 del Código Penal.

Artículo 1.- Actos de conversión y transferencia

El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Artículo 2.- Actas de ocultamiento y tenencia

El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Artículo 3.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito

El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Artículo 4.- Circunstancias agravantes y atenuantes

La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando:

1. El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiera, bancario o bursátil.
2. El agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal.
3. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.

La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión a trata de personas.

La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa, cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias.

Ley N° 27765	D. Leg. N° 1106
	La misma pena se aplicará a quien proporcione a las autoridades información eficaz para evitar la consumación del delito identificar y capturar a sus autores o partícipes, así como detectar o incautar los activos objeto de los actos descritos en los artículos 1, 2 y 3 del presente Decreto Legislativo. Artículo 5.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas El que, incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal. La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal. Artículo 6.- Rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil a empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto a brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal. Si la conducta descrita se realiza en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos vinculado a la minería ilegal o al crimen organizado, o si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación no mayor de cuatro años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.

Entre la relación del delito de lavado de activos regulado en la Ley N° 27765 y el Decreto Legislativo N° 1106, vigente, se han mantenido las siguientes conductas típicas:

Conductas típicas comunes entre la Ley N° 27765 y el D. Leg. N° 1106	
- Conversión - Transferencia	Art. 1 de la Ley y el DL.
	El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias
- Ocultamiento - Tenencia	Art. 2 de la Ley y el DL.
	El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder
- Circunstancias Agravantes	Art. 3 de la Ley y Art. 4 del DL.
	1. El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiera, bancario o bursátil. 2. El agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal. Cuando los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, el terrorismo o narcoterrorismo.
- Omisión de Comunicación de Operaciones - Transacciones Sospechosas	Art. 4 de la Ley y el Art. 5 del DL.
	El que, incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias

Así también, entre lo regulado en la ley N° 27765 y el Decreto Legislativo N° 1106 se han agregado conductas típicas, omisiones culposas, agravantes y atenuantes, como señalaremos a continuación:

Conductas agregadas por el DL. N° 1106	
- Administración	Art. 2 del DL.
	El que [...], administra [...] en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias
- Transporte - Traslado - Ingreso por territorio nacional - Salida por territorio nacional	Art. 3 del DL.
	El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores [...] o hace ingresar o salir del país tales bienes
- Circunstancias agravantes adicionales	Art. 4 del DL.
	3. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias (...) cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de (...), secuestro, extorsión a trata de personas.
- Circunstancias atenuantes adicionales	Art. 4 del DL.
	[...] cuando el valor del dinero, bienes, efectos a ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias. [...] a quien proporcione a las autoridades información eficaz para evitar la consumación del delito identificar y capturar a sus autores o partícipes, así como detectar o incautar los activos objeto de los actos descritos en los artículos 1, 2 y 3 del presente Decreto Legislativo
- Omisión Culposa Agregada	Art. 5 del DL.
	La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas [...]
- Rehusamiento - Retardo - Falsedad	Art. 6 del DL.
	A la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, [...], o deliberadamente presta la información de modo inexacto o brinda información falsa

III. LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN LA LEY PENAL VIGENTE – D. LEG. N° 1106

Tras el examen sobre la legislación actual y la legislación anterior —a guisa

comparativa—, sobre el delito de lavado de activos, las conductas típicas de este delito conforme a la ley penal vigente:

Conductas Típicas		
Art. 1 • Convertir • Transferir • Evitar	Art. 2 • Adquirir • Utilizar • Guardar • Administrar • Poseer • Custodiar • Recibir • Ocultar • Mantener • Presumir	Art. 3 • Transportar • Trasladar Art. 5 • Incumplir • Omitir Art. 6 • Rehusar • Retardar
Objeto Material del Delito		
• Dinero, • Bienes • Efectos • Ganancias → → → → De origen ilícito conocido 0 De origen ilícito presumible		

Por último, el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1249 modifica el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1106 y agrega como conducta típica el “poseer”; así como modifica el artículo 3 modificando “títulos valores” por “instrumentos financieros al portador” sin romper la morfología típica del delito de lavado de activos, por lo que nos remitimos al cuadro explicativo sobre la arquitectura típica del lavado de activos.

Por ello, desde un análisis -derivado del principio de legalidad penal- sobre la tipicidad objetiva, podemos colegir que *en ninguna parte de la vigente ley penal se menciona como elemento típico la desproporción o el desbalance patrimonial*.

Por tal razón, consideramos violatorio del principio de legalidad penal señalar como objeto de una pericia contable el desbalance patrimonial cuando el delito

indagado es el de lavado de activos, por el motivo ya expuesto.

IV. EL DESBALANCE PATRIMONIAL COMO ELEMENTO TÍPICO DE OTRO DELITO: EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El Código Penal, en su artículo 401, regula el delito del enriquecimiento ilícito de la siguiente manera:

“Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor

público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.

En el citado delito *sí se utiliza el desbalance patrimonial como presunción* de la comisión del acto delictivo de enriquecimiento ilícito o sin causa, conforme exponemos en el presente cuadro:

Tipicidad Objetiva del delito de Enriquecimiento Ilícito			
Sujeto Activo	Verbos Rectores	Objeto Material del Delito	Existencia de Indicio
Funcionario o Servidor Público	Abuso de su cargo + INCREMENTO ILÍCITO	Patrimonio	AUMENTO DEL PATRIMONIO O DEL GASTO ECONÓMICO PERSONAL, NOTORIAMENTE SUPERIOR al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

V. SE VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL CUANDO SE ORDENA UNA PERICIA CONTABLE QUE SUPONE UNA AUDITORÍA GENERAL PATRIMONIAL Y DETERMINACIÓN DE DESPROPORCIÓN PATRIMONIAL

Como hemos detallado, el “desbalance patrimonial” no constituye, en puridad, componente típico de la estructura normativa del delito de lavado de activos. No es así en la actual ley penal vigente —*vide*: D. Leg N° 1106 —modificada por el D. Leg N° 1249— y nunca lo ha sido en su antecedente

más próximo, la Ley N° 27765. En cambio, sí constituyen elementos tipificantes del delito de enriquecimiento ilícito.

La hipótesis fiscal de investigación -en ese marco, la práctica de la pericia contable- debe encauzarse en el marco de los verbos rectores típicos del delito de lavado de activos, que es el objeto de investigación en concreto, y no sobre un elemento que no forma parte del injusto penal indagado, como lo es el desborde del patrimonio de la persona (desbalance patrimonial o desproporción entre ingresos y egresos).

El principio de legalidad, en su extremo de la exigencia de certeza (*nullum crimen nullum pena sine lege certa*) reclama que “es importante destacar que la exigencia de certeza de las normas penales tiene una doble dimensión: por un lado se dirige al legislador para que las leyes penales sean claras y precisas y, por otro, se dirige a reducir la discreción de la policía para arrestar y de los jueces para condenar, obligándoles a ceñirse a la ley y prohibiéndoles la aplicación analógica de las leyes penales”³, y a su vez queda claro que el alcance de esta garantía no se limita a la labor jurisdiccional, sino que inicia con la labor de la fiscalía al momento de iniciar y dirigir su investigación —labor encomendada por el constituyente y plasmada en el artículo 159 numeral 4 de la Ley de Leyes—.

Por lo que fundar ordenar como objeto de una pericia contable en un supuesto “desbalance patrimonial” es un elemento típico ajeno al delito indagado y mantener esa afirmación contraviene claramente el Principio Constitucional de Legalidad Penal, del cual deriva que “[...] el derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas

y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos.[...]”⁴.

VI. CONCLUSIÓN

Conforme lo expresamos, si la desproporción o desbalance patrimonial no hace parte de la arquitectura típica del delito de lavado de activos, entonces en una investigación por este delito la fiscalía no puede fijar como objeto de la pericia contable la determinación de este elemento.

A partir de esta concepción, es importante que el principio de legalidad penal no sólo suponga un dique de contención al Estado en cuanto a la persecución de conductas, sino que además debe servir como marco de referencia de los actos de investigación que se practiquen en el proceso penal. De ahí que los actos de investigación que ordena la Fiscalía deben encauzarse dentro de los elementos típicos del delito en indagación, lo contrario abre la puerta a la arbitrariedad del que debe ser el director y celoso guardián de la racionalidad en la aplicación del sistema de justicia penal, es decir, el fiscal.

3 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1992) Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, Ed. Bosch, p. 254.

4 Exp. N° 05036 – 2009 – HC. FJ. 4.

LAS FUERZAS ARMADAS EN CHILE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS; III. LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA; IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO MILITAR REGLAMENTARIO; V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto exponer brevemente el régimen jurídico de la administración militar en Chile. Se da cuenta de la normativa constitucional, legal y reglamentaria que rige a las Fuerzas Armadas, en las cuales se contienen sus funciones y atribuciones, para el cumplimiento de su misión institucional.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to exhibit briefly the legal regime of the military administration in Chile. It gives a constitutional, legal and regulatory structure that governs the Armed forces, in which its functions and attributions control are included for fulfilling its institutional mission.

¹ Doctor en Derecho Universidad de Alicante España, Profesor de Derecho Administrativo Universidad de Chile, Teniente Coronel del Servicio de Justicia Militar del Ejército de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

Los cambios sobrevenidos a la sociedad global contemporánea, hacen necesario, cada vez más necesario, el estudio de la defensa y de las instituciones castrenses. Su función en una sociedad más compleja, integrada y global, se ha convertido en un imperativo, especialmente por las nuevas misiones que deben abordar en materia humanitaria, operaciones de paz, emergencias, catástrofes y de fenómenos como el terrorismo.

La organización militar, conformada con las mismas características básicas de cualquier otra organización administrativa pública, en los aspectos material y orgánico, con los medios para su funcionamiento, a saber, personal y bienes; el entramado normativo competencial que le dan su existencia jurídica, deberá seguir estando sustentada en ese otro aspecto —inmaterial, metafísico—, que son sus valores y principios, en cuanto identifican su función de servicio a la patria bajo coordenadas que le son esencialmente caracterizadoras y que también se contienen en el régimen jurídico que les es propio.

Consecuente con lo señalado, el presente trabajo, tiene por objeto exponer, brevemente, el régimen jurídico de la administración militar en Chile. Se da cuenta de la normativa constitucional, legal y reglamentaria que rige a las Fuerzas Armadas, en las cuales se contienen sus funciones y atribuciones, para el cumplimiento de su misión institucional.

II. LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

El artículo 101 del texto Constitucional, dispone que las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional, están constituidas, única y exclusivamente, por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la Patria, son esenciales para la seguridad Nacional.

Cabe señalar que en dicha norma se eliminó la función de garantizar el orden constitucional de la República, no obstante ella se mantiene actualmente, para todos los órganos del Estado, de acuerdo al artículo 6° del texto fundamental.²

Señala el Libro de la Defensa que “Para estos efectos, se organizan sobre la base de mandos superiores, organismos asesores y directivos, fuerzas operativas y de apoyo. En su calidad de cuerpos armados, son esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados. En un plano más específico, la misión general de las Fuerzas Armadas es coadyuvar al resguardo de la soberanía y el mantenimiento de la integridad territorial, así como proteger a la población, las instituciones y los recursos vitales del país frente a cualquier amenaza o presión externa. Además, cooperan con fuerzas militares de otros países en iniciativas bilaterales o multilaterales, siempre de acuerdo con el interés nacional. En función de aquellos fines, la labor de las Fuerzas Armadas es permanente y descansa, fundamentalmente, en el juramento de

2 Función que ya no es exclusiva de estos cuerpos armados, sino corresponde a todos los órganos del Estado después de la Reforma Constitucional, materializada mediante el artículo 1° y 2° de la Ley N° 20.050, D.O. de 26 de agosto de 2005. Este deber se mantiene en el artículo 1° de la ley 18.948/90, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

servicio a la patria y defensa de sus valores esenciales que cada uno de sus integrantes expresa al momento de ingresar a las filas, así como en el adecuado alistamiento del personal y del material de cada una de las instituciones militares.”³

Debe precisarse, que las bases constitucionales de las Fuerzas Armadas en la tradición jurídica chilena, no es un caso aislado y sólo relacionado con la Constitución Chilena de 1980. Como señalan CEA y MORALES “En la tradición constitucional de Chile constatamos que ya la Constitución de 1822 realizaba una referencia a lo que denominaba en su capítulo VIII la “Fuerza Militar”. Los artículos 235 a 238 de ese texto constitucional señalaban que les correspondía a los Poderes Legislativo y Ejecutivo acordar “el número de tropas que se necesiten para la defensa del Estado”, tanto las fuerzas terrestres como las marítimas. El mismo texto constitucional hacía luego mención de las “milicias nacionales”, fuerzas compuestas por los habitantes de cada departamento. En ninguno de los dos casos expresaba cuáles eran las características de estas fuerzas, ni sus misiones. Una situación similar constatamos en la Constitución de 1823, que en su artículo 18, dentro de las facultades exclusivas del Director Supremo, señalaba la de “Organizar y disponer las fuerzas de mar y tierra, con arreglo a la ley”.⁴

Agregan los autores, “Pero esta Carta Fundamental avanza aún más, al contener un capítulo XX denominado “De la Fuerza Pública”. En su artículo 225 expresaba: “La fuerza del Estado se compone de todos los chilenos capaces de tomar las armas: mantiene la seguridad interior y la defensa exterior”. De esta manera se produce por, primera vez, una mención directa a la tarea que el constituyente otorga a la fuerza militar, tanto para fines internos como frente a los demás países. Y luego, en su artículo 226, se realiza la primera declaración constitucional de una de las características más distintivas de la regulación normativa de los institutos armados: su carácter de cuerpos obedientes y no deliberantes.”⁵

Por otra parte, MARISOL PEÑA ha sostenido que “La regulación previa a la Constitución Política de 1980 contenía escasas referencias a las Fuerzas Armadas. De hecho, nuestros primeros documentos constitucionales se limitaban a considerar las atribuciones que el Presidente de la República o el Congreso Nacional, en su caso, podían ejercer en materias militares. Dichas Cartas, no contenían, sin embargo, referencias a las misiones o a las características de las Fuerzas Armadas. Recién, en la Constitución Política de 1823, se incluye un Título especial —el Título XX— destinado a regular a la Fuerza Pública. En él —y a diferencia de los textos precedentes— se le confía la misión

3 MINISTERIO DE DEFENSA CHILE, Libro de la Defensa 2010, p. 242, en http://www.defensa.cl/media/2010_libro_de_la_defensa_5_Parte_Los_Medios_de_la_Defensa_Nacional.pdf

4 CEA CIENFUEGOS, S. y MORALES, P. Las Fuerzas Armadas en la Constitución Política de la República de Chile, en 2014 Derecho Público Iberoamericano, N° 5, [octubre 2014], p.212, en <<http://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2015/10/Sergio-Cea-Cienfuegos-y-Patricio-Morales-Contardo-Las-Fuerzas-Armadas-en-la-Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-de-la-Rep%C3%BAblica-de-Chile.pdf>>

5 Ibid, pp. 212-213.

de velar por la seguridad interior y la defensa exterior (Art. 225). Asimismo se señalan las características de la Fuerza Pública como esencialmente obediente y no deliberante (Art. 226). Las aludidas características se mantienen inalterables bajo las Constituciones de 1833 (Art. 157) y de 1925 (Art. 22) hasta que la reforma constitucional de 9 de enero de 1971 las complementa, agregando los rasgos de profesionales, jerarquizadas y disciplinadas. Mientras que las Constituciones posteriores a la de 1823 mantuvieron —como se ha expresado— la mención a las características aplicables a los institutos armados, no ocurrió lo mismo con las misiones que el constituyente de 1823 les había confiado. La Constitución de 1980 retoma, pues, la tradición iniciada en 1823 y precisa las misiones o atribuciones de las Fuerzas Armadas y Carabineros siguiendo, de esta forma, una tendencia evidente del constitucionalismo contemporáneo.”⁶

El artículo 102 de nuestra Carta fundamental, establece que la incorporación a las Plantas y dotaciones de las Fuerzas Armadas

sólo podrá hacerse a través de sus propias Escuelas, con excepción de los escalafones profesionales y de empleados civiles que determine la Ley, disponiendo el art. 105 que los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas se efectuarán por Decreto Supremo, en conformidad a la ley Orgánica Constitucional correspondiente⁷. Históricamente como antecedente, la carta de 1828, la denominada “Constitución Liberal”, contaba con un capítulo, el XI, denominado “De la Fuerza Armada”. En su artículo 123 señalaba: “La Fuerza Armada se compondrá del Ejército de mar y tierra, y de la Milicia activa y pasiva.” Nada se dice esta vez acerca de los cometidos o deberes de esta fuerza. La Constitución de 1833 adoptó una solución distinta: La única, pero muy importante referencia específica que hace a la fuerza armada se encuentra en el artículo 157, que expresaba: “La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar”. En la Constitución de 1925 se establecía, de manera clara, la sujeción de la fuerza armada al Poder Ejecutivo.”^{8 9}

6 PEÑA TORRES, M. Funciones de las Fuerzas Armadas y del Consejo De Seguridad Nacional en Chile y Propuestas de Reforma Constitucional. *Ius et Praxis* [online]. 2002, vol.8, n.1 [citado 2016-03-20], pp. 95-116. Disponible: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100008>>.

7 Ley N° 18.948/1990, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

8 Dicha disposición constitucional se complementa con lo establecido en los artículos 19 N° 17, y 38 de la Constitución, en cuanto al derecho a la igual admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes. Por otra parte, en lo que dice relación con la segunda disposición, se establece que una ley Orgánica Constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacidad y perfeccionamiento de sus integrantes.

9 Como ejemplos de normas de la Constitución de 1925 en esta materia podemos señalar las siguientes: “Art. 22.- La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar. Art. 23.- Toda resolución que acordare el Presidente de la República, la Cámara de Diputados, el Senado o los Tribunales de Justicia, a presencia o requisición de un ejército, de un jefe al frente de fuerza armada o de alguna reunión del pueblo que, ya sea con armas o sin ellas, desobedeciere a las autoridades, es nula de derecho y no puede producir efecto alguno. Art. 72. 13.a Disponer de las fuerzas de mar y tierra, organizarlas y distribuir las según lo hallare por conveniente; 14.a Mandar personalmente las fuerzas de mar y tierra con acuerdo del Senado. En este caso, el Presidente de la República podrá residir en cualquier lugar ocupado por armas chilenas;”. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386>>.

De la forma antes indicada, queda de manifiesto que al establecerse en la Constitución de 1980, normas referidas a las Fuerzas Armada, con ello se recoge la tradición histórica y jurídica en la materia. Ciertamente, con una particularidad, pues como señalan CEA y MORALES la Constitución de 1980 “es la primera Carta Fundamental chilena que contempla un capítulo completo para los institutos armados...”.¹⁰

En efecto, la actual Constitución contiene un capítulo completo destinado a las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad. En dicho capítulo se indica en el artículo 104, que sus Comandantes en Jefe serán designados por el Presidente de la República de entre los cinco Oficiales Generales de mayor antigüedad, que reúnan las calidades que en los respectivos estatutos institucionales exigen para tales cargos, permanecerán 4 años en sus funciones, no podrán ser nombrados para un nuevo periodo y gozarán de inamovilidad en su cargo durante ese periodo. Asimismo, se establece que el Presidente de la República, mediante decreto fundado e informando previamente a la Cámara de Diputados y al Senado, podrá llamarlos a retiro, antes de completar su respectivo periodo.¹¹

En el mismo sentido, el artículo 32 N° 18 del mismo texto constitucional, establece

como atribución exclusiva del Presidente de la República, designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea en conformidad al artículo 101 de la Constitución y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas en la forma que señala el artículo 102 del texto Constitucional.

III. LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA

La ley 18.948/1990, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, al establecer las normas y principios básicos o esenciales de la Administración Militar, a su vez atribuye a diferentes cuerpos legales y reglamentarios su concreción y desarrollo.

En este sentido, el artículo 1°, dispone que derivado de las particulares exigencias que impone la función militar y la carrera profesional, los organismos y el personal que la desarrollan, así como sus institutos de formación profesional, **se ajustarán a normas jurisdiccionales¹², disciplinarias¹³ y administrativas que se establecen en esta ley y en la legislación respectiva¹⁴**. Asimismo, señala que el personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa, **conforme**

10 CEA y MORALES, ob. cit, p.214.

11 Facultad presidencial que fue incorporada por el artículo 1°, N° 46 de la Ley de Reforma Constitucional N°20.050, de 26 de agosto de 2005.

12 Código de Justicia Militar, contenido en el DS N° 2.226, publicado el 19.12.1944.

13 Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, contenido en el DS (Guerra) N° 1.445, de 1951, y para la Armada en el DS. (Marina) N° 1.232, de 1986, que establece el Reglamento de Disciplina de la Armada.

14 DFL (Guerra) N° 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

lo determinen los reglamentos de disciplina¹⁵ y ordenanzas generales¹⁶ de las respectivas Instituciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle.

A su vez, el artículo 2º se refiere a las funciones que le encomienden las **leyes¹⁷** a las Fuerzas Armadas. Por su parte el artículo 6º señala que los Oficiales, los Empleados Civiles y el personal del Cuadro Permanente y de Gente de Mar, se clasificarán y agruparán en escalafones en la forma y en los grados que determine la **ley¹⁸**.

Diferentes artículos de esta ley continúan efectuando remisiones normativas, configurando este régimen jurídico especial. Claros ejemplos de ello son también los siguientes: El Obispo Castrense será nombrado en conformidad a la ley N° 2.463, y tendrá a su cargo el Servicio Religioso del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, (Art. 8º). El personal tendrá derecho, como retribución por sus servicios, al sueldo y demás

remuneraciones adicionales. Además, gozará de los **derechos que establezca la ley¹⁹**, tales como feriado anual, permisos con o sin goce de remuneraciones, licencias y subsidios, pasajes y fletes, viáticos, asignación por cambio de residencia, vestuario, equipo y alimentación fiscal, (Art. 16). Las cauciones por desempeño funcionario o por permanencia en las Instituciones que deba rendir el personal, se regirá exclusivamente por las normas que contemplen el **Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas²⁰ y los reglamentos respectivos²¹**, cualquiera que sea su calidad jurídica y aún cuando no esté afecto a dicho Estatuto, (Art. 17). Las Instituciones de las Fuerzas Armadas estarán facultadas para planificar y realizar estudios y cursos de nivel superior en los ámbitos inherentes a sus respectivos quehaceres profesionales, como asimismo, para otorgar al personal los correspondientes títulos técnicos, títulos profesionales y grados académicos en los referidos ámbitos

15 Véase, Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, contenido en el DS (Guerra) N° 1.445, de 1951, y para la Armada en el DS. (Marina) N° 1.232, de 1986, que establece el Reglamento de Disciplina de la Armada.

16 DS (Guerra) N° 6030/18, de 22 de febrero de 2006, que Aprueba la Ordenanza General del Ejército. Decreto Supremo N° 487.- 21-IV-1988 - aprueba nueva Ordenanza de la Armada y faculta a la Comandancia en Jefe de la Armada para incorporar materias que regulen el servicio institucional.

17 Ley 19.067/1991 D.O 1-7-1991, Establece Normas Permanentes sobre Entrada de Tropas Extranjeras en el Territorio de la República y Salida de Tropas Nacionales del Mismo. Ley 18.723/1988, D.O. 12-7-1988, Otorga Atribuciones que indica al Comando de Industria Militar e Ingenieros del Ejército. Ley 18.712/1988, D.O. 4-6-1988, Aprueba Nuevo Estatuto de los Servicios de Bienestar Social de las Fuerzas Armadas. Ley 18.415/1985, D.O. 14-6-1985, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción. Ley 18.356/1984, D.O. 19-11-1984, Establece Normas Sobre Control de las Artes Marciales. Arts. 2, 5º, 6º, 7º y 9º.

18 DFL (Guerra) N° 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. DFL (Guerra) N° 1, de 1998, que establece las Plantas de Oficiales de las Fuerzas Armadas.

19 DFL (Guerra) N° 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. Ley 18.834/1989, D.O. 23-9-1989 (DFL 29-2005 Hacienda D.O. 16-3-2005), Estatuto Administrativo.

20 DFL (Guerra) N° 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

21 DS. (Guerra) N° 204, de 28 de mayo de 1969, Reglamento Complementario del DFL. N° 1 de 1968 "Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas".

y en la forma que determine la ley²², (Art. 19). El régimen de previsión y de seguridad social del personal de planta de las Fuerzas Armadas es autónomo. Comprende básicamente los beneficios de pensión de retiro y montepío, desahucio, indemnización por fallecimiento, prestaciones de salud, prestaciones sociales y demás **beneficios de seguridad social que la ley establezca**²³. Tal régimen estará a cargo de una institución funcionalmente descentralizada, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional, la que se regirá por su **respectiva ley orgánica**²⁴, (Art. 61). El personal de planta y el de reserva llamados al servicio activo, tendrán siempre derecho a la asistencia médica, preventiva y curativa, según corresponda. **La ley establecerá el sistema de salud que les es aplicable**²⁵, su financiamiento y los porcentajes en que el referido sistema contribuirá al pago de las prestaciones de salud, (Art. 73).

En último término, es necesario subrayar, que además de aquellas normas legales que han sido dictadas por remisión expresa de la Ley 18.948/1990, existe una multiplicidad de otros cuerpos legales que rigen diversos aspectos del quehacer militar, entre ellas podemos mencionar las siguientes:

- a) **En materia penal y procesal militar:**
El principal cuerpo legal es el Código de Justicia Militar publicado en el

D.O. el 19 de diciembre de 1944. Contiene las normas penales, orgánicas y de procedimiento del Fuero Militar. Su estructura es la siguiente: Libro Primero de los Tribunales Militares: Tribunales Militares en Tiempos de Paz y Tribunales Militares en Tiempos de Guerra. Libro Segundo del Procedimiento: Procedimiento penal en tiempo de paz, procedimiento penal en tiempo de guerra, procedimiento civil y Tribunales de Honor. Libro Tercero de la Penalidad: Delitos contra la soberanía y la seguridad exterior del Estado, delitos contra el Derecho Internacional, delitos contra la seguridad interior del Estado, delitos contra el orden y seguridad del Ejército, delitos contra los deberes y el honor militar, delitos de insubordinación, delitos contra los intereses del Ejército, delitos contra la propiedad, delitos de falsedad y disposiciones especiales en tiempo de guerra. Finalmente el Libro Cuarto "Otras Disposiciones", contiene disposiciones especiales relativas a la Armada y Carabineros y otras disposiciones complementarias.

- b) **Reclutamiento y Movilización:** En esta materia rige el DL. N° 2.306, de 1978, publicado en el D.O. del 12 de septiembre de 1978, modificado por la Ley N° 20.045/2005. En él se contienen las normas de rango legal sobre

22 Ley 18.962/1990, D.O. 10-3-1990, Orgánica Constitucional de Enseñanza, art. 29 y 75 a 77.

23 Ley 18.948/ 1990, cit. y Ley 18.458, D.O. 11-11-1985, que Establece el Régimen Previsional del Personal de la Defensa que Indica.

24 DFL N° 31, de 18- 4-1953, que Fija la Ley Orgánica con la que se Regirá la Caja de Previsión de la Defensa Nacional.

25 Ley 19.465/1996, D.O. 2-8-1996, Establece Sistema de Salud de las Fuerzas Armadas y Ley N°18.476/1985, D.O. 14-12-1985, que dicta normas respecto de los Hospitales de las Instituciones de la Defensa Nacional.

organización y funcionamiento de la Dirección General de Movilización Nacional. Las obligaciones militares: Deber militar y exenciones al mismo. El servicio militar obligatorio: Procedimientos de inscripción, base de conscripción, servicio activo y exclusiones. La reserva: Composición de la misma; derechos, deberes y llamado al servicio de los reservistas; y ascensos en la reserva. Normas sobre movilización de personal. Normas procesales y penales aplicables a la materia. Derechos de reclutamiento y normas penales y de procedimiento.

Por otra parte, la Ley N° 18.953/1990, publicada el D.O. el 9 de marzo de 1990, que dicta Normas sobre Movilización Nacional, comprende los conceptos básicos y definiciones en torno a la movilización nacional, la fase de preparación de la movilización, de ejecución de la movilización y desmovilización. Requisiciones e indemnizaciones.

- c) **En materia de adquisiciones y contratos de suministros:** Ley 18.928/1990, publicada en el D.O. del 13 de febrero de 1990, que fija normas sobre Adquisiciones y Enajenaciones de Bienes Corporales e Incorporales Muebles y servicios de las Fuerzas Armadas²⁶. Disposiciones que son complementadas por la Ley 19.886/2003, publicada en el D.O. del 30 de julio de 2003, de

Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.²⁷

- d) **En materia de construcción de obras de carácter militar:** La Ley 17.502, de 1971, del Ministerio de Defensa Nacional, establece normas para Obras de exclusivo carácter militar. En este cuerpo normativo, establece que todo lo relacionado con el planeamiento, estudio, proyección, construcción, demolición, ampliación, reparación, conservación y explotación para obras de exclusivo carácter militar en las Fuerzas Armadas, estará regido por las disposiciones de dicha ley y de las demás normas legales vigentes, en cuanto no le sean contrarias. Complementa este cuerpo legal el Reglamento de Ejecución de Obras para las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto Supremo N°803, de 1971, del Ministerio de Defensa Nacional.

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO MILITAR REGLAMENTARIO

Principales exponentes de este núcleo normativo de rango reglamentario, son los siguientes:

En materia de personal, continúa vigente en aquello que no sea contrario o se oponga al DFL (Guerra) N° 1, de 1997, que establece el "Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas", el DS. (Guerra) N° 204, del 28 de mayo de 1969, que contiene el

26 El DS. (Hacienda) N° 95, D.O. 22-07-2006, aprueba Reglamento de la Ley N° 18.928, sobre Adquisiciones de Bienes Corporales e Incorporales Muebles y Servicios de las Fuerzas Armadas.

27 Arts. 1 a 3°, en especial, Art. 3° letra f). En Reglamento de esta ley se encuentra contenido en el DS. (Hacienda) N° 250, D.O. 24- 9- 2004.

Reglamento Complementario del DFL. N° 1 de 1968, anterior “Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas”.

A su vez, en el ámbito de los deberes militares se encuentran plenamente vigentes el DS (Guerra) N° 6030/18, del 22 de febrero de 2006, que aprueba la Ordenanza General del Ejército y el Decreto Supremo N° 487, del 21 de abril de 1988, que aprobó la nueva Ordenanza de la Armada y facultó a la Comandancia en Jefe de la Armada para incorporar materias que regulen el servicio institucional.

Las normas disciplinarias militares, están contempladas para el Ejército y la Fuerza Aérea en el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, contenido en el DS (Guerra) N° 1.445, de 1951, y para la Armada en el DS. (Marina) N° 1.232, de 1986, que establece el Reglamento de Disciplina de la Armada. Asimismo, cabe mencionar que a los procedimientos administrativos disciplinarios les es aplicable el Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas, aprobado por DS (Guerra) N° 277, de 1974 y sus modificaciones posteriores, en especial la producida por el DS (Guerra) N° 5, de 2001.

En relación a la asistencia religiosa, en el presente año ha sido dictado el DS. (Guerra) N° 155, D.O. 26-5-2008, Reglamento de Asistencia Religiosa en establecimientos de las Fuerzas Armadas y las de

Orden y Seguridad. Específicamente regula este derecho fundamental, en el caso de las Fuerzas Armadas, para confesiones no católicas, pues para el caso de fieles pertenecientes a la Iglesia Católica, esta asistencia es prestada por los servicios religiosos institucionales, que poseen su regulación jurídica propia.

V. CONCLUSIONES

Cabe señalar, a manera de conclusión del presente estudio, que las Fuerzas Armadas en Chile tienen un régimen jurídico que les es propio, el cual responde a las particulares y especiales características de estos cuerpos armados, para el cumplimiento de su función constitucional.

Son estas normas jurídicas constitucionales, legales y reglamentarias, las que les habilitan al cumplimiento de sus misiones, para el cumplimiento de su juramento de servicio a la patria y sus valores fundamentales.

Desde esa perspectiva, se puede advertir claramente la existencia en Chile de un derecho administrativo militar, con sus componentes de rango constitucional, legal y reglamentario, los cuales configuran el ordenamiento jurídico militar chileno, aplicado preferentemente al militar en razón del principio de especialidad, en plena concordancia con el Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- CEA CIENFUEGOS, S. y MORALES, P. “Las Fuerzas Armadas en la Constitución Política de la República de Chile”, en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 5, octubre 2014.
- HUIDOBRO SALAS, R. “La función de defensa y las fuerzas armadas”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Editorial Comares S. L., España, 2015, pp. 615-623.
- HUIDOBRO SALAS, R. “Derecho y administración militar en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 74, 2011, pp. 257- 271.
- HUIDOBRO SALAS, R. “Reserva en materia militar y acceso a la información pública”, en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 77, 2012, pp. 121-133.
- PEÑA TORRES, M. *Funciones de las Fuerzas Armadas y del Consejo de Seguridad Nacional en Chile y Propuestas de Reforma Constitucional*. *Ius et Praxis*, 2002, vol. 8, n.1.

Henry Eyner Isaza¹

MEDIOS ELECTRÓNICOS E

INFORMÁTICOS Y SU IMPLEMENTACIÓN AL SISTEMA ACUSATORIO DE PANAMÁ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. REPERCUSIONES DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS E INFORMÁTICOS EN EL PROCESO PENAL PANAMEÑO; III. LOS DELITOS INFORMÁTICOS; IV. EFECTOS DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO; V. LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y EL PROCESO JUDICIAL; VI. EL CONTROL JUDICIAL DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA; VII. EFICACIA DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA; VIII. VALORACIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA; IX. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Las Diversas Reformas Procesales Penales en los Países Latinoamericanos, que han adoptado el Nuevo modelo Penal Acusatorio, han incorporado la utilización de los medios Electrónicos e Informáticos al Proceso Penal, lo que ha traído consigo nuevos problemas al escenario jurídico, sobre todo lo referente a las consecuencias que se derivan de dicha implementación como son los delitos informáticos, los cuales

1 Dr. PhD en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Magister en Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Magister en Administración de Instituciones de Justicia de la Universidad Santa María la Antigua, Panamá, Postgrado en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Postgrado en Docencia Superior de la Universidad del Istmo, Panamá, Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia, Especialización en Derecho Administrativo y Probatorio de la Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología, Miembro del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Miembro de los Institutos Panamericanos e Iberoamericano de Derecho Procesal, Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Director del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá y Autor de Libros Jurídicos.

deben ser acreditados mediante las llamadas Pruebas Electrónicas, que plantean un reto en **materia Probatoria en las diversas legislaciones de los países, en lo referente a la admisibilidad, validez y criterios de valoración de las Pruebas soportadas en Medios Electrónicos.**

ABSTRACT

The different criminal proceeding reforms in the Latin American countries, which have adopted the new criminal accusatory model, have incorporated the usage of electronic and computer means to the criminal proceeding. However, this has brought new problems to the legal scenario, especially with regard to the consequences arising from such implementation like the computer-related crime, which should be proved using the so-called Electronic Evidence. With this, a challenge is set as for evidence in various legislations of the countries in terms of the admissibility, validity and criteria for valuation of the tests supported by electronic media.

I. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos viviendo en lo que muchos consideran una población Global, donde las mejoras en el transporte y los avances en las comunicaciones, han ayudado a crear una idea de un mundo manejado por los cambios Tecnológicos, por tal razón hay que reflexionar sobre lo que ocurre cuando a la vida del hombre llega la Informática y con la Informática llega la computadora, ya sea al servicio del Hombre o al servicio de la Justicia.

Las principales instituciones del derecho se han visto afectadas por las nuevas tecnologías que han venido a cambiar aspectos

que habían permanecido inalterables generación tras generación y todas las ramas del derecho, sin excepción, lo están sintiendo, sufriendo y requiriendo de inmediato su estudio, comprensión y modificaciones necesarias para adaptarse a la era digital.

La nueva era Digital afecta y afectará la vida humana en todos sus aspectos, todo estará digitalizado: desde los actos más mínimos hasta los más trascendentales del hombre, como son los Procesos Judiciales. En nuestro país, estas nuevas transformaciones Informáticas o Electrónicas ya están siendo implementadas en el Nuevo Ordenamiento Jurídico Panameño, es decir en el Código Penal y en el Código Procesal Penal. No cabe duda que la era Digital ha otorgado y seguirá proporcionando innumerables beneficios a la Administración de justicia. Sin embargo no podemos desconocer que este desarrollo tecnológico ha propiciado, también, la aparición de nuevas modalidades delictivas, las que hasta hace poco eran desconocidas en nuestro Ordenamiento Jurídico y las mismas requieren un trato especial en materia Penal.

Es importante adecuar las legislaciones de los países a los paradigmas tecnológicos, es decir dotar al Derecho de las herramientas, cambios y ajustes que requiera, para dar nacimiento al Ciber Derecho.

II. REPERCUSIONES DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS E INFORMÁTICOS EN EL PROCESO PENAL

1. Concepto de medios electrónicos e informáticos

Los **medios Informáticos** son todos aquellos instrumentos utilizados para almacenar, procesar, transmitir, información y datos en formato digital, a través de

ordenadores (computadores) y los **medios electrónicos** son todos aquellos instrumentos creados para obtener un eficiente intercambio de información de forma automatizada; tales como Internet, Facsímiles, Celulares y Correo Electrónico.

2. Medios electrónicos e informáticos en el Proceso Penal

La utilización de medios electrónicos e Informáticos en los Procesos Penales como: Teléfonos, videos, grabadoras, computadoras, facsímiles, celulares, al servicio de la Administración de Justicia.

La gestión de los Juzgados se apoya cada día más en la Informática. Esto se encuentra sustentado en Código Procesal Penal de Panamá, Libro II Actividad Procesal, Título I Actos procesales, donde se establece la actuación por medios Electrónicos, **Artículos 129, 130 y 131**, los cuales dicen textualmente lo siguiente.

Artículo 129: Digitalización, Las actuaciones Judiciales serán tramitadas utilizando los medios electrónicos en forma eficaz y segura, para conservar y reproducir su contenido, respetando la dignidad Humana y las garantías Constitucionales.

Artículo 130: Uso de Imágenes y Sonidos, El registro de Imágenes y Sonidos se pueden emplear para Documentar Total o Parcialmente actos de Prueba o Audiencias.

Artículo 131: Presentación de Documentos, La presentación de Documentos en el Proceso Penal se podrá hacer mediante los medios electrónicos, de acuerdo a la Ley 15 de 7 de Febrero de 2008.

De las Normas Supra citadas, concluimos que con la implementación del Código Procesal Penal Panameño, se crea la actuación judicial por medios Electrónicos y el expediente Electrónico, además en el tema de la presentación de Documentos en el Proceso Penal, nos remite a la Ley 15 de 7 de febrero de 2008, la cual adopta medidas para la informatización de los Procesos Judiciales y los Artículos que hacen referencia a la actuación por Medios Electrónicos de acuerdo a la presente Ley, son los siguientes.

Artículo 1: La presente ley permite el uso de los medios electrónicos existentes o que se desarrollen en el futuro, en el trámite y la sustanciación de los procesos judiciales y regula el sistema de gestión judicial y el expediente electrónico judicial como componentes operativos de la plataforma informática adoptada por el órgano judicial para la tramitación electrónica de los procesos.

Artículo 3: La presente ley tendrá aplicación preferente cuando en un expediente electrónico judicial surja alguna contradicción entre sus preceptos y la normativa procesal aplicable en la respectiva jurisdicción del órgano judicial de que se trate.

Artículo 5: A partir de la entrada en vigencia de esta ley, todas las actuaciones y gestiones realizadas por las partes o servidores judiciales en el sistema de gestión judicial utilizado por el órgano judicial generarán progresivamente un expediente electrónico judicial.

Artículo 6: Todo documento que ingrese al expediente electrónico judicial deberá estar disponible para consulta desde el momento en que el tribunal lo

admita o refrende, excepto que se trate de documentos que, por virtud de una disposición legal, contengan información de carácter reservado o de acceso restringido, o que se trate de actos judiciales que se practiquen sin audiencia del demandado.

Artículo 7: A partir de la entrada en vigencia de esta ley, las bases de datos del sistema de gestión judicial se generarán y almacenarán en medios totalmente electrónicos.

Artículo 8: Todas las comunicaciones entre el órgano judicial, las entidades del estado, sus usuarios o los particulares se harán preferentemente por medios electrónicos y tendrán la misma validez que las realizadas en soporte de papel.

Artículo 26: Dentro del expediente electrónico judicial las resoluciones judiciales serán firmadas electrónicamente por el juzgador. Las resoluciones que, por disposición legal, únicamente requieran para su expedición de la firma del secretario del respectivo tribunal serán firmadas electrónicamente por este.

Artículo 27: El expediente electrónico judicial será protegido mediante código de seguridad inalterable e inviolable y almacenado en un medio de soporte electrónico que garantice la preservación y la integridad de los datos.

Artículo 28: Cuando se deba presentar copia auténtica de un documento que repose en el expediente electrónico judicial que acompañe a un escrito, demanda, recurso o acción se entenderá aportada dicha copia autenticada con la identificación de un vínculo electró-

nico generado por el sistema de gestión judicial entre el expediente electrónico judicial original y el otro que se intenta presentar.

Artículo 29: Las actuaciones, documentos y gestiones electrónicos que deban ser remitidos a otro juicio o instancia judicial que no disponga de una plataforma operativa compatible con el sistema de gestión judicial deberán ser impresos y autenticados por el secretario del tribunal, con indicación expresa de que se trata de copias procedentes de un expediente electrónico judicial.

Artículo 30: Las actuaciones y gestiones dentro del expediente electrónico judicial que sean practicadas en presencia del juez serán reproducidas y conservadas en formato electrónico y almacenadas íntegramente en un archivo digital o electrónico inviolable, según la forma prescrita por la ley y firmadas electrónicamente por el juez.

Artículo 31: Las pruebas y evidencias físicas aportadas con la demanda, acción o recurso, recibidas por el registro único de entrada, serán digitalizadas y archivadas en el centro de custodia de expedientes, donde se conservarán hasta que se haya ordenado el archivo definitivo del proceso. Una vez ordenado el mencionado archivo, el sistema de gestión judicial comunicará a las partes que retiren las pruebas y evidencias en el periodo de un mes: vencido este sin que hayan sido retiradas serán puestas a disposición del juez del proceso para que corresponda el trámite de acuerdo a la ley.

Artículo 32: En los casos en que la digitalización de un documento o de evidencias sea técnica o tecnológicamente

inviabile debido a su volumen, características, dimensiones, o ilegibilidad tal documento o evidencia serán depositados en el registro único de entrada y puestos a disposición de la instancia jurisdiccional respectiva. En cualquiera de estos casos, se realizará una producción fotográfica de dicho objeto, la cual será digitalizada e incorporada al expediente electrónico judicial.

Artículo 33: En el sistema de Gestión Judicial, las audiencias que se realicen dentro de los procesos judiciales serán grabadas en soportes tecnológicos y anexadas al expediente electrónico judicial.

Artículo 34: A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las audiencias penales se realizarán mediante el sistema de video audiencias en todos los despachos judiciales que hayan sido habilitados con los equipos para este propósito.

También la Ley 15 de 7 de febrero de 2008, hace una adecuación Normativa Procesal en los siguientes Artículos del Código Judicial.

Artículo 37: Se adiciona un párrafo final al artículo 480 del código judicial, así: a Fuera de los supuestos previstos en este artículo, la presentación de escritos, memoriales o peticiones mediante el sistema de gestión judicial se sujetará a las disposiciones especiales que regulan el uso del expediente electrónico judicial.

Artículo 38: Se adiciona un párrafo final al artículo 495 del código judicial así:

También se formará un expediente electrónico judicial que contendrá la

gestión y actualización de cada una de las instancias, incidentes y recursos que se promuevan mediante el sistema de gestión judicial. Concluido el proceso, el juez de conocimiento ordenará su archivo, mediante proveído de mero obedecimiento.

Artículo 41: El artículo 989 del código judicial queda así:

Las resoluciones judiciales indicaran la denominación del correspondiente juzgado o tribunal, firmadas en el lugar y en la fecha en que se pronuncien, expresados en letras y concluirán con la firma del juez o los magistrados y del secretario.

Los autos serán motivados y expresarán los fundamentos jurídicos pertinentes con cita de las disposiciones legales aplicables al caso. Las providencias indicarán el trámite que se ordena, el plazo que se fija para él y solo llevarán media firma.

No obstante lo dispuesto en este artículo, las resoluciones que se dicten dentro de un expediente electrónico judicial serán firmadas, de manera electrónica, solamente por el juez que las dictó. El secretario firmará electrónicamente las resoluciones que, según este código, únicamente requieran de su firma para la expedición.

Artículo 42: El artículo 1024 del código judicial queda así:

En el acto de la notificación no se admitirá al notificado de otra manifestación que la de apelación, casación, allanamiento, desistimiento, la ratificación de los actuado, la renuncia de trámites y términos u otro acto de igual naturaleza. Puede también hacerse nombra-

miento de vocero, depositario, perito, testigo actuario, administrador o de cualquier otro cargo y la aceptación o no de esas designaciones.

Dentro del sistema de gestión judicial, las manifestaciones de que se trata el párrafo anterior podrán realizarse por medio de documento electrónico.

También la Ley 15 de 7 de febrero de 2008, hace una adecuación Normativa Procesal en los siguientes Artículos de la Ley 43 de 31 de julio de 2001, la que regula los Documentos Electrónicos.

Artículo 43: El Artículo 6 de la Ley 43 de 31 de Julio 2001 queda así escrito. Cuando la Ley requiera que la información conste por escrito, no se le negará validez, efectos jurídicos o fuerza obligatoria a los actos, contratos, actuaciones y gestiones otorgados, celebrados o refrendados por medio de Documentos Electrónicos, estos serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escritos en soporte de papel.

Además la Ley 15 de 7 de febrero de 2008, establece disposiciones finales sobre el sistema de Gestión Judicial, las cuales se encuentran reguladas en los siguientes Artículos.

Artículo 46: A partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la Sala Cuarta, de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia o el despacho Judicial que esta delegue en los Distritos Judiciales, previa solicitud personal y sin formalidad entregará a todo abogado de la República de Panamá y a las partes que, por disposición legal, gestionen por su propia cuenta, una clave de usuario y habilitará la contraseña que

le permita acceder y operar en el sistema de Gestión judicial.

Artículo 47: se concede un plazo de ciento ochenta días, contando desde la entrada en vigencia de la presente ley, para que todo abogado obtenga la clave de usuario y habilite la contraseña que le permita acceder y operar en el sistema de gestión judicial.

Vencido el plazo previsto en el párrafo anterior, todo abogado que no se haya suscrito al sistema de gestión judicial podrá hacer sus gestiones mediante las terminales de consulta al expediente electrónico judicial de que trata el **artículo 16 de esta ley, o solicitar su clave de usuario y contraseña en cualquier momento.**

Artículo 48: los despachos judiciales que conozcan de un expediente electrónico judicial proveerán de una clave de usuario y una contraseña a las personas que, sin ser abogados, sean acreditadas por estos para dar seguimiento al proceso dentro del sistema de gestión judicial.

III. DELITOS INFORMÁTICOS

La informática ha sido fundamental para el desarrollo del Derecho Informático y, lógicamente, para la consideración de las conductas ilícitas que se generan de su aplicación, en su desarrollo, organización y producción.

Antes de entrar a emitir un concepto de Delitos Informáticos, debemos definir qué es la Informática, la cual se define como **la ciencia del tratamiento sistémico y eficaz, realizado especialmente mediante máquinas automatizadas, de la**

información contemplada como vehículo del ser humano y de la comunicación de los ámbitos técnicos, económicos y sociales.

La Informática está constituida por los medios y herramientas tecnológicas puestos al servicio del Derecho, para posibilitar el tratamiento, almacenaje y recuperación de información jurídica, mediante técnicas adecuadas, aplica la acción del ordenador al campo Jurídico.

Es así que surge el Derecho Informático, como un conjunto de normas y principios que tienen por objeto reglar, definir, interpretar y estudiar los aspectos en que la tecnología informática se relaciona con las distintas instituciones jurídicas. Su finalidad es evitar que las nuevas tecnologías puedan conculcar derechos fundamentales de larga data debidamente reconocidos y establecidos.

Entre las implicancias concretas de la Informática en el Derecho, podemos mencionar los Delitos Informáticos, los cuales se definen como cualquier acto ilegal en relación con el cual, el conocimiento de la tecnología informática sea esencial para su comisión, investigación y persecución, es decir, se utilice la Tecnología Informática para cometer el delito, que se utilice la Tecnología Informática para Investigar el Delito y que se utilice la Tecnología Informática para perseguir a los Supuestos Autores, Cómplices o partícipes del Hecho Punible.

1. Concepto de delitos informáticos según la doctrina

Para el autor **Alfredo Sneyers**, los delitos Informáticos **“son todos aquellos delitos que se relacionan directa o indirectamente con el medio informático”**².

Para el jurista **Edgardo Villalobos**, delitos Informáticos o electrónicos son: **“todas aquellas conductas ilícitas susceptibles de ser sancionadas por el Derecho Penal, que hacen uso indebido de cualquier medio Informático”**³.

El Doctor **Carlos Chinchilla Sandi**, define los delitos Informáticos como **“la acción delictiva que realiza una persona, con la utilización de un medio informático”**⁴.

2. Clasificación de los delitos informáticos

A. Los Delitos Informáticos se pueden Clasificar en dos, según como sean utilizadas las computadoras.

1. Delitos contra el sistema: Aquí la computadora es el objeto del delito, se puede atacar:

- a) Hardware: El soporte físico.
- b) Software: Los programas insertos en el computador.

2. Delitos mediante el sistema: La computadora es el instrumento para cometer el delito, así puede afectarse:

2 Sneyers, Alfredo. El fraude y otros delitos informáticos. Tecnologías de Gerencia y Producción, S.A. Madrid, España, 1990.

3 Villalobos, Edgardo. Diccionario de Derecho Informático, Litho Editorial Chen, Panamá, 2002, Pág. 57.

4 Chinchilla Sandi, Carlos. Delitos Informáticos, Grupo Editorial Norma, San José Costa Rica, Pág. 25.

- a. Patrimonio
- b. Privacidad
- c. Seguridad supraindividual
- d. La vida y la integridad personal
- e. El honor
- f. La seguridad
- g. El pudor y la libertad sexual

De esta clasificación podemos encontrar distintas figuras de delito mediante el Sistema:

- a) Hackers: Acceden al sistema Informático, sin autorización. Su finalidad es desafiar los sistemas de Seguridad.
- b) Crackers: Elaboran sistemas Informáticos para acceder a los sistemas de Protección, Intención precisa de provocar daño.
- c) Phreaker: Utilizan técnicas de fraude en telefonía, ya sea digital o análoga.
- d) Introducción de Virus: Agentes de disturbios que afectan a los equipos Informáticos.
- e) Spam: Mensajes enviados a muchos destinatarios que no lo han solicitado.
- f) Spider: Dispositivos de Apropiación de páginas Web.
- g) Plishing: Los criminales que extraen su Información personal en la red.
- h) Cyberbullying: Acoso o Intimidación a través del uso de la Internet.

El Doctor Carlos Chichilla Sandí, en su escrito publicado en la revista del Colegio de Abogados de Costa Rica, establece que todos las personas tenemos una **Personalidad Virtual** y que nuestra Personalidad Virtual es nuestro Correo Electrónico y que dicha Personalidad Virtual debe ser

protegida como un Derecho Humano de Quinta generación. Es por ello la importancia de crear los mecanismos de seguridad con el fin de protegernos de los Ciberdelincuentes.

B. Clasificación de los delitos Informáticos como instrumento o medio en la realización del ilícito.

- a) Falsificación de documentos vía computarizadas.
- b) Variación de los activos y pasivos en la situación contable de las empresas.
- c) Planeación o simulación de delitos convencionales (fraude, robo).
- d) Robo de tiempo de computadora.
- e) Lectura, sustracción o copiado de información confidencial.
- f) Modificación de datos tanto en la entrada como en la salida.
- g) Aprovechamiento indebido o violación de un Código para penetrar a un sistema insertando instrucciones inapropiadas (Caballo de Troya).
- h) Variación en cuanto al destino de pequeñas cantidades de dinero hacia una cuenta bancaria apócrifa (Técnica del salami).
- i) Uso no autorizado de programas de cómputo.
- j) Alimentar con instrucciones que interrumpen la lógica interna de los programas, con el fin de obtener beneficios.
- k) Alteración del sistema a través de los virus informáticos.
- l) Obtención de información residual impresa en papel o cinta magnética luego de la ejecución de trabajos.

- m) Acceso no autorizados a áreas informatizadas.
- n) Intervención en las líneas de comunicación de datos o teleproceso.

C. Clasificación de los delitos Informáticos como fin u objetivo en la realización de las conductas delictivas.

- a) Programación de instrucciones que producen un bloqueo total al sistema.
- b) Destrucción de programas por cualquier método.
- c) Lesión física contra la máquina o sus accesorios.
- d) Sabotaje político o terrorismo en que se destruya los centros neurálgicos computarizados.
- e) Secuestros de soportes magnéticos en los que figure información valiosa con fines de chantaje.

D. Clasificación de los Delitos Informáticos, según la Organización de las Naciones Unidas, conforme al Manual para la prevención y control de delitos informáticos.

- a) Falta de acuerdos globales acerca de qué tipo de conductas deben constituir delitos informáticos.
- b) Ausencia de acuerdos globales en la definición legal de dichas conductas delictivas.
- c) Falta de especialización de los entes policiales, fiscales y otros funcionarios judiciales en el campo de los delitos informáticos.
- d) Falta de uniformidad entre las diferentes leyes procesales nacionales acerca de la investigación de los delitos informáticos.

- e) Inexistencia de un carácter transnacional de muchos delitos cometidos mediante el uso de computadoras.
- f) Ausencia de tratados de extradición, de acuerdos de ayuda mutua y de mecanismos sincronizados que permitan la puesta en vigor de la cooperación internacional.

3. Sujetos que intervienen en la actividad criminal informatizada

Según el Magistrado y autor Carlos Chinchilla Sandí, los sujetos que intervienen en el campo de acción de los Delitos Informáticos son dos: el llamado **sujeto activo** y, por otro lado, al **sujeto pasivo**, cada uno de ellos resulta claramente identificado dentro de la ciberdelincuencia, por ello, nuestro interés en lograr aclarar sus perfiles.

1. El sujeto activo o los sujetos activos no son delincuentes comunes, y presentan particulares características:

- a) Poseen importantes conocimientos de Informática.
- b) Ocupan lugares estratégicos en su trabajo, donde se maneja información de carácter confidencial.
- c) Son personas que conocen muy bien los sistemas de seguridad de la empresa.
- d) En la actualidad son trabajadores de confianza y con altos cargos en la empresa.

2. El sujeto Pasivo se encuentra representado por la persona o entidad sobre la cual recae la conducta que realiza el sujeto activo y, los mismos presentan algunas características básicas:

- a) Ocupa una posición especial, debido a que en las mayorías de los casos, cuan-

do ha resultado económicamente perjudicado por la ejecución de los delitos Informáticos, no denuncia esta situación y permanece en silencio, por no hacer más gravosa su posición y evitar la pérdida de confianza de sus clientes.

- b) Resulta más ventajosa la pérdida económica sufrida por el delito Informático, que las posibles consecuencias del conocimiento, por parte de los clientes, del daño de las bases de datos de la empresa.

4. Características comunes de los delitos informáticos

Los delitos Informáticos requieren indefectiblemente de los medios Informáticos para su existencia. Podemos decir que los Delitos Informáticos poseen peculiaridades que los hacen de alguna manera *sui generis*, por un lado en cuanto a su forma de ejecución y, por otro, respecto de su detección o descubrimiento.

Podemos citar como características de los delitos informáticos las siguientes:

1. Rapidez en Tiempo y la posición cercana al perjudicado: Pueden ser utilizados por una persona en forma sumamente rápida, pues necesita únicamente accionar —hacer clic— una simple tecla de una computadora para ejecutar un hecho delictivo informático. En algunos casos, el autor se ubica lejos de la empresa que será perjudicada y se cubre con el hecho de estar efectuando alguna otra actividad, incompatible

con el proceder ilícito en el momento de su ejecución”⁵.

2. Facilidad para encubrir el hecho:

La rapidez y la poca distancia en la cual se sitúa el delincuente con respecto al afectado brindan condiciones óptimas para encubrir el hecho.

El descubrimiento de los ilícitos penales es sumamente difícil, máxime cuando nos encontramos ante sujetos que manejan en forma especializada los sistemas de cómputo y logran introducirse a los programas para modificarlos a conveniencia.

Los problemas que existen para lograr descubrir los citados delitos Informáticos son producto de una conjunción de factores”⁶:

- a) Las propias características de los hechos, que facilitan su realización pero dificultan, en forma evidente, su detección y conocimiento.
- b) La complejidad técnica de los sistemas informáticos, que precisan de procedimientos de control muy costosos y complejos.
- c) Las tecnologías de avanzada son desconocidas por los propios directivos de la empresa, circunstancia que los obliga a mantenerse bajo el control de técnicos y especialistas, quienes poseen, debido a esta situación, una amplia libertad de actuación.
- d) La ineficacia de las medidas de seguridad.

5 Dávila Rodríguez, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 330.

6 Gutiérrez Francés, María Luz, op.cit. Pág. 80.

- e) La facilidad del sujeto para borrar las pruebas del Delito.

IV. EFECTOS DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

La tecnología ha traído consigo nuevos problemas, especialmente en todo lo referente a la admisibilidad, validez y valoración de las pruebas soportadas en medios informáticos.

Con la incorporación de las pruebas electrónicas o digitales, se puede cambiar el rumbo de un Proceso Penal, con la seguridad que van a ser admitidas y valoradas correctamente para acreditar la existencia o no de un determinado hecho o situación, que conlleve a la vinculación del autor, cómplices y partícipes de un Delito o hecho punible.

1. Concepto de prueba electrónica

La prueba electrónica es definida como toda información o dato contenido o transmitido en un medio electrónico y que tiene valor probatorio dentro de un Proceso Penal.

La Interrogante sería **“Si una prueba Electrónica puede ser o no un medio de Prueba”** y esta interrogante la absuelve el Artículo 780 del Código Judicial de Panamá, el cual establece taxativamente cuales son todos los medios de Pruebas que se admiten los Procesos Judiciales en Panamá, pero en el párrafo segundo establece lo siguiente:

Artículo 780: “...Cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no estén expresamente prohibidos

por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarias a la moral o al orden público”

El Código Procesal Penal de Panamá, regula la Libertad Probatoria en el Proceso Penal y ratifica el criterio de la Libertad de los Medios de Prueba. Al efecto el Artículo 376, dice textualmente lo siguiente:

Artículo 376: Los hechos Punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo las limitaciones que la Ley establece.

En ese mismo orden de ideas, la Ley 51 del 22 de julio de 2008, que regula los Documentos Electrónicos en Panamá, en su Artículo 7 establece lo siguiente:

Artículo 7: Los Documentos electrónicos serán admisibles como medios de pruebas y tendrán la misma fuerza probatoria otorgada a los documentos en el Libro Segundo de procedimiento del Código Judicial.

En Colombia para absolver la interrogante **“si una prueba Electrónica puede ser o no un medio de Prueba”**, podemos citar el Artículo 373, del Código de Procedimiento Penal de Colombia, el cual dice textualmente lo siguiente:

Artículo 373: LIBERTAD. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los Derechos Humanos.

De igual manera la Ley 527, del 18 de agosto de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de

las firmas digitales, establece en su Artículo 10 lo siguiente:

Artículo 10: Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de Datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección tercera, Libro Segundo del Código de procedimiento Civil.

Podemos concluir que en Panamá y en Colombia, hay un sistema Abierto de Pruebas (Numerus Apertus) y que con base en este sistema, puede admitirse una Prueba Digital o Electrónica como un medio de Prueba en cualquier Proceso Penal, siempre que no esté prohibida por la ley, ni viole los Derechos Fundamentales o los Derechos Humanos, ni sean contrarias a la moral o al orden público.

V. LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y EL PROCESO JUDICIAL

La prueba es un medio de conocimiento y probabilidad de verdad, que sirve para establecer un hecho cualquiera, es aquel elemento que llevado al juez, sirve para su convicción. La Prueba es demostrar o hacer patente la certeza de un hecho, es justificar, manifestar o verificar algún acontecimiento.

Los medios digitales o electrónicos como Prueba, es todo medio tecnológico que sea capaz de almacenar algún tipo de

información que pueda ser extraída y posteriormente agregada a un proceso penal, para acreditar un hecho, acontecimiento o circunstancia, es decir, busca la demostración de la verdad.

1. La prueba electrónica como documento

Para el maestro Jorge Fábrega Ponce, documento electrónico es: **“aquel que consta en un dispositivo magnético y para su conocimiento es necesaria la utilización de un instrumento electrónico que lo genere”**⁷.

El autor Rafael Núñez Lagos, clasifica los elementos del documento, de la siguiente manera:

A. Elementos Corporales son dos: El soporte material, que puede ser mueble o inmueble y **la grafía** plasmada sobre el soporte material que representa algún hecho distinto del corpus.

B. Elementos Intelectuales también son dos: La Intencionalidad del autor de expresar algo cuando elaboró el documento y la efectiva Expresividad constante en dicho documento, por medio de la cual el documento puede explicar a su destinatario el Pensamiento del Autor⁸.

Según el Artículo 832 del Código Judicial de Panamá, la Prueba Documental es:

“...En general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo...”

7 Fábrega Ponce, Jorge. **Diccionario de Derecho Procesal Civil**, Editores Colombia S.A, Colombia, Pág. 403.

8 Núñez Lagos, Rafael. **Concepto y Clases de Documento**, Instituto de Madrid, España, 1986, Pág. 124.

1.2. Elementos del documento electrónico

La Ley 51 de 22 de julio de 2008, llena un vacío en materia de Documentos Electrónicos en Panamá, toda vez que define y regula los documentos y firmas electrónicas y las entidades de certificación en el Comercio Electrónico. Además dicha Ley establece cuales son los elementos que debe tener un Documento Electrónico y como debe ser Valorado por el Juzgador.

A. Elemento Subjetivo: un autor, la firma indica quien es el autor y al mismo tiempo que el mismo está reconociendo lo que aparece en el mensaje o en la representación.

Artículo 2, Ley 51 de 22 de julio de 2008

“Firma electrónica: Todo sonido, símbolo o proceso electrónico vinculado a lo lógicamente asociado con un mensaje, y otorgado o adoptado por una persona con la intención de firmar el mensaje que permite al receptor identificar a su autor”.

Agrega, además, en su artículo 8, la Ley 51 de 22 de julio de 2008

“...La firma electrónica, cualquiera que sea su naturaleza, será equivalente a la firma manuscrita para todos los efectos Legales...”

B. Elemento Objetivo: Una representación, un sentimiento, un mensaje, viene a ser el cuerpo del documento, el mensaje mismo.

C. Elemento Formal: Es la cosa corporal o soporte informático, sobre la que consta inserta una representación gráfica, un hecho.

2. La prueba electrónica como objeto de inspección judicial

Cuando una prueba Digital o Electrónica no puede ser incorporada al Proceso Penal como un Documento Electrónico, puede ser llevada a través de otro medio de Prueba como lo es la Inspección Judicial.

El autor Jairo Parra Quijano, define la inspección judicial como **“el medio por el cual el juez conoce los hechos aplicando sus sentidos, los examina, los identifica o reconoce, y luego traslada sus observaciones al proceso, mediante un acta, en la cual los describe o narra”**⁹.

Todos los hechos, en un sentido jurídico, pueden ser objeto de esta prueba. Puede inspeccionarse sobre lugares, objetos y sobre cosas, con el objetivo de que el Juez conozca bajo el principio de Inmediación, la evidencia Informática que va a ser aportada al Proceso Penal.

3. La prueba electrónica como objeto de la prueba pericial

Cuando una prueba Digital no puede ser incorporada al Proceso Penal como un Documento Electrónico o través de la inspección judicial, puede ser llevada a través

9 Parra Quijano, Jairo. **Manual de Derecho Probatorio**, Ediciones Librería del profesional, Colombia, Pág. 389.

de otro medio de Prueba como lo es la Prueba Pericial.

La prueba pericial es un medio de prueba por el cual se nombra a uno o varios peritos para que ellos aprecien e informen sobre los asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio. Todo hecho, persona, cosa, conducta o relación que constituya objeto de demostración y que tenga carácter técnico, artístico o científico puede ser objeto de la prueba pericial.

VI. EL CONTROL JUDICIAL DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

Según el Código Procesal Penal Panameño, el juez tiene el deber de admitir o rechazar las Pruebas Electrónicas presentadas o incorporadas por las partes en el Proceso, función que hace bajo ciertos Criterios o Premisas, entre los cuales tenemos los siguientes.

1. Criterios de inadmisibilidad de una prueba electrónica

A. Inadmisibilidad por razones de Economía procesal

Este Criterio se fundamenta en que las pruebas Electrónicas o Digitales aportadas en un Proceso Penal deben ceñirse a la materia del Proceso y son inadmisibles las que no se refieren a los hechos discutidos, así como legalmente ineficaces.

Según el artículo 783 del Código Judicial de Panamá, el juez puede negarse a admitir aquellas pruebas que nada le aporten al esclarecimiento de la Litis, por ser pruebas superfluas, ineficaces, impertinentes o inconducentes.

1. Pruebas superfluas: Cuando los hechos objetos de la misma, se encuentran probados en el proceso.
2. Pruebas impertinentes o inconducentes: Cuando los hechos objetos de la misma, no se relacionan con el objeto del proceso.
3. Pruebas ineficaces: Son aquellas Pruebas que carecen de validez dentro del Proceso.

En ese orden ideas, el Artículo 347 del Código Procesal Penal de Panamá, establece la facultad que tiene el Juez de garantías en el nuevo sistema Penal acusatorio.

Artículo 347: El juez de garantías, tiene la facultad de la exclusión o inadmisibilidad de medios de pruebas, impertinentes, inconducentes, repetitivos, superfluos o Ilícitos.

B. Inadmisibilidad por posible colisión de derechos

Los Artículos 26 y 29 de la Constitución Nacional de Panamá, establecen que el Domicilio, la correspondencia y demás documentos privados son Inviolables y no pueden ser ocupados o examinados sino por disposición de autoridad competente, para fines específicos y mediante formalidades Legales. De igual manera se establece la Inviolabilidad de las Comunicaciones o escuchas telefónicas.

En el caso de Colombia los Artículos 15 y 29 de la Constitución Política de 1991, establecen que todas las personas tienen Derecho a su intimidad personal y familiar y su buen nombre. De igual manera se establece que es nula, de pleno Derecho, la Prueba obtenida con Violación del Debido Proceso.

Este criterio por posible colisión de Derechos, se fundamenta en tres Premisas:

- a) La prueba Ilícita, aquella que vulnera un Derecho Fundamental a Nivel Constitucional.
- b) La prueba Lícita, pero Ilícitamente obtenida.
- c) La prueba Lícita, derivada de una Prueba Ilícita.

El Código Procesal Penal de Panamá, regula la Prueba Lícita en los Artículos 377 y 381 que define y amplía el Concepto de Prueba Ilícita, los cuales dicen textualmente lo siguiente:

Artículo 377: Licitud de la Prueba, los elementos de prueba solo pueden ser valoradas si han sido obtenidas por un medio lícito y conforme a la Disposiciones de este Código.

Artículo 381: La prueba obtenida con inobservancia de las formas y condiciones establecidas en este código o que impliquen violación de derechos y Garantías del Imputado previstas en la Constitución política, tratados Internacionales y este Código, no tendrá valor, ni servirá como fundamento de una decisión Judicial.

El Código de Procedimiento Penal de Colombia en su Artículo 14, dice textualmente lo siguiente:

Artículo 14: Intimidad. Toda persona tiene Derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida Privada.

C. Inadmisibilidad por Estrechez Legal

Este criterio por estrechez Legal se fundamenta en tres criterios:

- a) Prueba obtenidas con Violación de la Ley.
- b) Principio de la libertad de los medios probatorios, hace referencia si se tiene un sistema Abierto de Pruebas, es decir, que se admita cualquier medio de Prueba en un Proceso Penal.
- c) Medios probatorios admitidos por la Ley 51 de 22 de julio de 2008, la cual establece claramente criterios para admitir un Documento Electrónico en un Proceso.

VII. EFICACIA DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

La eficacia es el mérito Probatorio que posee *Per se* cada fuente de Prueba, se puede decir que la eficacia tiene Grados, y el juez los valorará según como se presenten estos requisitos.

Con la implementación de las Leyes sobre Documentos electrónicos en Panamá, se han modificado las directrices que guían a los jueces en el análisis de la prueba electrónica e Informática dentro del proceso.

La eficacia también incluye la aptitud que tiene un medio de Prueba, para demostrar un hecho o conducta dentro del Proceso Penal y los nuevos paradigmas tecnológicos permiten que las pruebas Digitales, puedan tener eficacia cuando son aportadas o incorporadas a los procesos Penales.

VIII. VALORACIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

Pertenece a la valoración la posibilidad de que la Prueba Electrónica pueda ser apreciada. Al valorar la fuerza probatoria de un medio digital, el juez de conocimiento

en la Fase de Juicio Oral, tendrá en cuenta las reglas de **la sana Crítica**, es decir la experiencia, la lógica, la ciencia, el sentido común del juzgador y demás criterios para la apreciación de las pruebas.

La Valoración es la actividad que hace el juez para darle personal alcance a cada Prueba y esto lo regula el Código Judicial Panameño en el Artículo 781, que establece que en Panamá el juez valorará las Pruebas según las reglas de la Sana Crítica.

Los Documentos Electrónicos aportados a un proceso Penal, deben cumplir con requisitos propios, para que sean valorados por el Juzgador, toda vez que al juez le toca analizar qué garantías de seguridad ofrece cada medio de prueba digital, estos elementos son:

1. Autenticidad: Se dice que una prueba es auténtica cuando muestra por fuera lo que es por dentro, es decir, que se muestra elaborado por alguien y efectivamente lo es, se presume la autenticidad del Documento Electrónico a través de la firma electrónica del autor del mismo.

2. Integridad: Que el Documento electrónico no haya sido alterado, es decir un documento Integro es aquel que contiene toda la información que constaba al momento de su emisión y que desde entonces no ha sido alterado.

3. Originalidad: Es original un Documento Electrónico cuando se recibió por primera vez la información, es decir, que se ha recibido por primera vez su forma, texto o contenidos.

El problema en el mundo Informático es que el original de un Documento electrónico solo puede ser aquel que está archivado en el computador donde se lo ha digitado o creado.

Para producir en el proceso un documento electrónico original, in stricto sensu, sería necesario incorporar a los autos la computadora donde se creó el documento.

4. Confidencialidad: Es cuando un Documento electrónico solo pueda ser leído por el Destinatario, nos asegura que nadie más sabrá su contenido. La confidencialidad puede ser vista como derecho o como garantía de los medios tecnológicos. Ambos enfoques tienen repercusiones procesales atinentes a la prueba.

5. Veracidad: Esa fidelidad a la realidad, es aquella garantía que hacemos referencia en un documento electrónico cuando hablamos de veracidad. Dependiendo del medio Informático, se podrá garantizar en mayor o menor medida la fidelidad de la Información transmitida.

IX. CONCLUSIÓN

1. La Prueba es fundamental para el éxito de una investigación penal y en el caso de los delitos informáticos, la prueba digital va íntimamente ligada.
2. La regulación legal de la prueba digital en Panamá es muy escasa. Esto no significa que una prueba digital o electrónica no pueda ser aportada, solicitada u ordenada, con la plena confianza de que es perfectamente admisible y conducente.
3. Los medios Electrónicos o Informáticos se encuentran incorporados en Panamá en el Nuevo Código Penal, en los Artículos 185, 186, 188, 189, 205, 214, 232, 240, 354, 296, 299, 356 y 416 y en el Código Procesal Penal en los Artículos 129, 130 y 131.

4. Los delitos se van incrementando con el pasar de los tiempos y con la tecnología. El delincuente planea sus crímenes, más detallada e inteligentemente
5. Los retos y desafíos de la Justicia Penal Panameña, está, en la capacidad de adecuarse y actualizarse a los nuevos paradigmas Tecnológicos, toda vez que la Informática Forense en una nueva rama de la ciencias forenses que se encarga de identificar, preservar, obtener o coleccionar y analizar los datos contenidos en un ordenador, soporte informático o medio digital.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo Eduardo y Zapata, María Florencia. "Cibercriminalidad y derecho Penal", Editorial Montevideo – Buenos Aires, 2006.
- CHINCHILLA SANDÍ, Carlos. "Delitos Informáticos", Ediciones Farben, San José, Costa Rica, 2004.
- CÓDIGO JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, Editorial Mizrachi & Pujol, 2002.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. "Delitos contra y a través de las nuevas Tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?", Lerko Print, S.A. 2006.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, Sistemas Jurídicos S. A, 2004
- DE LEÓN BATISTA, Hernán. "Aspectos jurídicos del Comercio Electrónico en Internet". Panamá: Sistemas Jurídicos, 2005.
- FÁBREGA PONCE, Jorge. Diccionario de Derecho Procesal Civil., Editores Colombia S.A, Colombia.
- LEY 51 de 22 de julio de 2008, que define y regula los Documentos electrónicos y las firmas electrónicas y la prestación de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas y adopta otras disposiciones para el desarrollo del comercio electrónico.
- LEY 15 de 7 de febrero de 2008, que adopta medidas para la informatización de los procesos Judiciales.
- LEY 527 de 18 de agosto de 1999, Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.
- LUZ CLARA, Bibiana. "Manual de Derecho Informático", Editorial Jurídica, Nova tesis, 2001.
- PARRA QUIJANO, Jairo. "Manual de Derecho Probatorio" Ediciones Librería del profesional, Octava edición, 1998.
- RIO FRIO, Juan Carlos "La prueba Electrónica", Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2004.
- RODRÍGUEZ MORENO, Sofía. "La era Digital y las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor", Universidad externado de Colombia, 2004.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. "El uso de la Internet en el Derecho" Colección estudios Jurídicos, Oxford University Press.
- ROLDÁN, Patricio. "Digitalización de imágenes en la Pericia Caligráfica", Primera edición, Editorial la Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2006.

■ Biografía

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA CARLOS ISAAC ABRILL GALINDO

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

Carlos Isaac Abrill² Galindo nació en Lima el 4 de noviembre de 1863, cuando gobernaba el Perú el General de Brigada Juan Antonio Pezet y Rodríguez de la Piedra. Fue hijo del Coronel Máximo Isaac Marcelino Abrill Llosa³ y de doña Jesús Galindo. Milla Batres decía que fue “descendiente de un veterano de la guerra del Pacífico y se inclinó desde niño a la carrera de las armas.”⁴ Tuvo una hermana de nombre María.

1 Abogado.

2 En la bibliografía se aprecia comúnmente que el apellido paterno de nuestro biografiado se escribe como Abril; no obstante, Él mismo firmaba como Abrill y así se aprecia de las muchas veces que su apellido es citado en las actas de las sesiones del Consejo de Oficiales Generales. En la memoria que presentó al Consejo de Oficiales Generales en 1922, como su Presidente, su apellido paterno aparece como Abrill.

3 Nació en Arequipa el 02 de junio de 1829. Fue hijo de don José Anselmo Abril Olázabal y de doña María Encarnación de la Llosa Benavides. El Coronel Máximo Isaac Marcelino Abrill Llosa, “antiguo prefecto que servía como edecán del Senado, combatió aunque estaba enfermo con pulmonía” en la Batalla de Miraflores, el 15 de enero de 1881, defendiendo Lima de la invasión chilena. Una calle del distrito de Jesús María (Lima) lleva su nombre.

4 MILLA BATRES, Carlos, Diccionario Histórico y Biográfico del Perú, Siglos XV-XX, Editorial Milla Batres, Tomo I, Segunda Edición, octubre de 1986, p. 16.

Estudió en el Colegio Peruano y posteriormente, el 5 de abril de 1877, ingresó al Colegio Militar⁵, egresando de ella el 13 de junio de 1879 con el grado de subteniente del arma de artillería, en plena guerra con Chile, siendo destinado a la guarnición de Lima. Ascendido al grado de teniente el 22 de Abril de 1880, *“Hizo la campaña nacional contra el ejército de Chile en el Norte, Centro y Sur de la República, desde el año de 1879 hasta el de 1884; concurrió a las batallas libradas en San Juan el 13 de Enero de 1881 y en Miraflores el 15 del mismo mes y año, comandando una batería a órdenes del Teniente Coronel don José Rafael de la Puente.”*⁶

Tras la caída de Lima en manos chilenas, se unió a la resistencia encabezada por el General Andrés Avelino Cáceres en la sierra central. Acompañó al *“Brujo de los Andes”* durante la Campaña de la Breña, obteniendo sus galones de capitán el 30 de junio de 1884 y los de mayor el 25 de noviembre de 1885, durante la Guerra civil que enfrentó a los generales Miguel Iglesias y Andrés A. Cáceres, participando en la toma final de Lima el 25 de noviembre de 1885.

Fue promovido a teniente coronel graduado el 13 de mayo de 1889 y ganó la efectividad del mismo el 23 de julio de 1890, durante el primer gobierno del General Cáceres. El 18 de mayo 1894 ascendió a coronel graduado, cuando el entonces coronel Justiniano Borgoño Castañeda ejercía la Presidencia de la República, tras la muerte del titular Remigio Morales Bermúdez. Tanto Cáceres como Borgoño lo conocían bien, pues estuvieron juntos durante la Campaña de la Breña contra los chilenos y en la de Lima contra Iglesias.

Con el grado de coronel efectivo, que alcanzó el 25 de octubre de 1906, ocupó los cargos de director del Arsenal de Guerra (1906), Inspector General de las Sociedades de Tiro y Jefe de Estado Mayor del Ejército

5 Todos los autores hacen referencia a su ingreso a la “Escuela Militar”; no obstante, hablando con precisión, debemos decir “Colegio Militar”, con cuyo nombre se restableció el centro de instrucción de oficiales del Ejército, el 1° de octubre de 1872, durante el gobierno del Presidente Manuel Pardo. Durante el mismo gobierno, por decreto del 24 de julio de 1875, se fundó, igualmente, la Escuela de Clases. “En ambos institutos se desarrolló la instrucción de los jóvenes que seguían la carrera de las armas hasta los primeros meses de 1879...” (Las Escuelas militares del Perú, Imprenta de la Escuela Militar de Chorrillos, 1932, p. 13.)

6 PAZ-SOLDAN, Juan Pedro. Diccionario biográfico de peruanos contemporáneos, Librería e imprenta Gil, Calle de Lampa (banco del herrador) Nos. 566 a 567, Lima. (Edición virtual).

(1912)⁷. Viajó “*en comisión especial a Europa por nombramiento expedido en 27 de marzo de 1913.*”⁸

La vida política del General Abrill

Fue designado Ministro de Guerra y Marina, en reemplazo del Coronel Bedoya, el 22 de diciembre de 1914, cargo que ocupó hasta el 18 de agosto de 1915, durante el gobierno provisorio del entonces general de brigada Oscar Raymundo Benavides Larrea.

Durante ese mismo gobierno, entre el 19 de febrero y el 18 de agosto de 1915, ejerció, además, el cargo de Presidente del Consejo de Ministros. “*Le acompañaron en la difícil gestión Solón Polo en Relaciones Exteriores, Víctor R. Benavides en Gobierno, Plácido Jiménez en Justicia, Enrique Oyanguren en Hacienda y Francisco Alayza y Paz Soldán en Fomento.*”⁹ De ese grupo de personas, el diario “*La Prensa expresó que en este Gabinete, que acompañó a Benavides durante el proceso electoral y hasta el final de su gobierno, el Coronel Abrill representaba a la institución militar, Benavides a la lealtad familiar, Jiménez al leguismo reconciliado con el Gobierno, y Polo, Oyanguren y Alayza a la administración...*”¹⁰

Más adelante, el 4 de julio de 1919, al inicio de su segundo gobierno, el Presidente Leguía organizó “*su primer Gabinete, encabezado por Mariano H. Cornejo como presidente del Consejo de Ministros y titular de Gobierno. Lo acompañaban Melitón F. Porras Osoreo en Relaciones Exteriores, Ismael de Idiáquez en Hacienda, Arturo Osoreo en Justicia, el General Carlos Isaac Abril en Guerra y Marina, y Salvador Gutiérrez en Fomento.*”¹¹ El General Abrill no se mantuvo en el cargo por mucho tiempo, pues renunció a él por razones personales. Basadre dice al respecto: “Con motivo de las elecciones para la Asamblea Nacional o por razones particulares, renunciaron Cornejo, Idiáquez, Gutiérrez y el General Abrill a mediados de agosto de 1919. Quedó constituido entonces el Gabinete que presidió Melitón Porras y en él conservó su portafolio Arturo Osoreo. Los

7 TAURO DEL PINO, Alberto, Enciclopedia Ilustrada del Perú, Tomo I, Tercera edición, 2001, PEISA, Lima, p. 28

8 PAZ-SOLDAN Juan Pedro, Ob. Cit.

9 GÁLVEZ MONTERO, José Francisco y GARCÍA VEGA, Enrique Silvestre, Historia de la Presidencia del Consejo de Ministros, Democracia y Buen Gobierno, Impreso en los talleres de la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. 2016, p. 239.

10 BASADRE GROHMANN, Jorge, Historia de la República del Perú, El Comercio, Tomo 13, p. 143.

11 Ibídem, p. 263.

ministros dimisionarios tuvieron sus sustitutos en Alejandrino Maguiña (Gobierno), General José R. Pizarro¹² (Guerra y Marina), Fernando Fuchs (Hacienda) y Matías León (Fomento). Pizarro fue reemplazado pocos días después por el coronel Gerardo Álvarez.^{13 14}

El General Abrill en el Consejo de Oficiales Generales

En la sesión del Consejo de Oficiales Generales del 07 de setiembre de 1915, se dio cuenta de dos oficios del Ministro de Guerra, transcribiendo las resoluciones supremas por las que se pasaba a la situación de retiro, por límite de edad, al coronel Francisco Llosa, vocal del Consejo, y se nombraba al coronel Carlos I. Abrill para reemplazarlo.

El coronel Carlos I. Abrill se integró al Consejo en la sesión del 22 de octubre de 1915, conformando la sala ese día, además de él, los contralmirantes Manuel A. Villavisencio y Toribio Raygada, el General José R. Pizarro, los coroneles Manuel F. Diez Canseco, M. Enrique Galdós, Arístides de Cárdenas y Manuel Pío Alcalá; el capitán de navío J. Ernesto de Mora; el fiscal doctor Alfredo Gastón Ugalde y el auditor general doctor Juan Manuel Carrera.¹⁵

En la sesión del 31 de octubre de 1916, el vocal Carlos I. Abrill aparece como general de brigada,¹⁶ no concurriendo a la misma con aviso. Tampoco concurrió a las sesiones siguientes, expresando mediante oficio, ante el requerimiento cortés que le hiciera el presidente del Consejo General Pizarro para seguir prestando sus servicios a la justicia militar, que creía que no debía incorporarse al tribunal, por las razones que daba en el mismo y que se leyó en la sesión del 12 de diciembre.

12 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.

13 BASADRE GROHMANN, Jorge, Ob. Cit., Tomo XIV, p. 36-37.

14 El coronel Gerardo Álvarez fue también vocal del Consejo de Oficiales Generales, cargo para el que juró el 28 de mayo de 1920. El 15 de octubre de ese mismo año se le encuentra ya con el grado de general de brigada (Libro de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales generales- Tomo VIII). Integró el Consejo hasta la sesión del 04 de abril de 1922, pues habiendo sido nombrado Prefecto de Loreto fue relevado como vocal del Consejo por el General de Brigada Gabriel Velarde Álvarez (Libro de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales generales- Tomo X).

15 Libro de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales, Tomo V.

16 Mediante Res. Leg. N° 2293, de 21 de octubre de 1916, "El Congreso, en uso de la atribución que le confiere el inciso 13 del artículo 59 de la Constitución, ha aprobado la propuesta del Poder Ejecutivo para ascender a la clase de general de brigada al coronel de artillería de Ejército, don Carlos I. Abril"

El 08 de junio de 1917, durante la sesión del Consejo, 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”*.¹⁷ En la sesión del 03 de julio de 1917, se informó de la resolución suprema *“por la que se declara (va) 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 Abrill asumió la presidencia del Consejo el 15 de junio de 1917, en la sesión que se llevó a cabo en la *“Sala de Actuaciones del Colegio de Abogados”*. Integraron el Consejo ese día, además del General Abrill, los coroneles Manuel F. Diez Canseco, Arístides de Cárdenas, Manuel Pío Alcalá, Carlos A. Pásara y Luís B. Regal; los capitanes de navío J. Ernesto de Mora, Daniel S. Rivera y Federico Sotomayor Vigil y el fiscal doctor Alfredo Gastón.¹⁸

El 23 de octubre de 1917 se comunicó a los vocales del Consejo que se había concedido al General Abrill *“seis meses de licencia para residir en el extranjero”*. El oficio se transcribió a los jefes de zona, *“haciéndoles presente que se había hecho cargo de la presidencia por ministerio de la ley, el señor Coronel don Manuel Francisco Diez Canseco”*. El General Abrill dejó de asistir a las sesiones del Consejo desde el nueve de octubre de dicho año.

En la sesión del 02 de noviembre de 1917, se dio cuenta de un oficio del Ministro de Guerra, transcribiendo la resolución suprema *“por la que se nombra (va) presidente del Consejo de Oficiales Generales al General de Brigada don Benjamín S. Puente, mientras dure la licencia concedida al de igual clase don Carlos I. Abrill”*.

17 Libro de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales, Tomo VII.

18 Ibidem.

La licencia concedida al General Abrill fue prorrogada en agosto de 1918 *“hasta el mes de octubre próximo... para residir en el extranjero.”* El 18 de octubre de 1918 se volvió a prorrogar, *“por enfermedad, hasta el mes de diciembre próximo, la licencia concedida al Señor General de Brigada D. Carlos I. Abrill para residir en el extranjero.”*

El 05 de enero de 1920, el general de brigada Carlos I. Abrill volvió a presidir el Consejo, asistiendo a la sesión los señores vocales coroneles Arístides de Cárdenas, Manuel Pío Alcalá, Carlos Augusto Pásara, César Gonzales; capitanes de navío J. Ernesto de Mora, Federico Sotomayor Vigil, Ernesto Caballero y Lastres y el Fiscal doctor Ricardo Leoncio Elías.¹⁹

El General Abrill era una persona social y políticamente muy relacionada. Aprovechando esa relación, invitó al Presidente de la República, Augusto Bernardino Leguía Salcedo, para que en compañía del Ministro de Guerra visitaran el local del Consejo. Esa visita tuvo lugar el 20 de marzo de 1921, cuando el Consejo funcionaba en una casona alquilada de la calle Belén, hoy Prolongación Jr. de la Unión del Cercado de Lima.

En la sesión del 22 de marzo de 1921, el *“señor General Presidente manifestó a los señores miembros del Tribunal, que se había constituido el día de ayer en compañía del señor General Don Gerardo Álvarez donde el Señor Presidente de la República y el señor Ministro de Guerra, con el objeto de agradecer, en nombre del Consejo, la visita que habían realizado el Domingo veinte del actual, habiéndose manifestado, tanto el señor Presidente como el señor Ministro, muy complacidos y gratamente impresionados por ese acontecimiento. Con tal motivo el señor vocal Coronel Don César Gonzales, manifestó que creía un deber del Consejo se otorgara una vez más al señor General Presidente un voto de aplauso por la manera satisfactoria como mantiene la situación y relaciones del Tribunal con los demás poderes públicos, en especial con el Supremo gobierno, como se ha podido comprobar en la visita hecha por el Señor Presidente de la República y el Señor Ministro de Guerra, lo que fue aprobado por aclamación. El Señor General Presidente, agradeciendo tal manifestación, indicó que solo se inspiraba en el cumplimiento de su deber.”*²⁰

El 02 de febrero de 1925 los miembros del Consejo tomaron conocimiento que se había concedido licencia al General Abrill y *“se nombra vocal interino de dicho Tribunal al Coronel de Infantería don Arturo F. Cornejo”*. El coronel Cornejo se integró al Consejo en la siguiente sesión

19 Libro de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales, Tomo VIII.

20 Ibídem.

del 04 de febrero de 1925. El general Carlos Isaac Abrill ejerció la presidencia del Consejo de Oficiales Generales hasta la sesión del 31 de diciembre de 1924.

Muerte y homenaje del Consejo de Oficiales Generales

El gobierno emitió un Decreto Supremo *“por el que se dispone se tributen a los restos del que fue General de Brigada don Carlos I. Abrill, los honores de Ministro de Estado.”* Los integrantes del Consejo de Oficiales Generales tomaron conocimiento de esa norma en la sesión del 23 de setiembre de 1925. En la misma sesión, a petición del coronel Gonzales, *“el Consejo acordó por unanimidad rendir homenaje a la memoria del que fue General de Brigada y Presidente de este Tribunal don Carlos I. Abrill a quien el Tribunal debe muchos beneficios realizados por el extinto, ya como Ministro de Guerra ya como Presidente del Consejo.”* El capitán de navío Buenaño solicitó que se colocase en la sala de sesiones el retrato del General Abrill, conforme a lo acordado en oportunidad anterior, encargando el Tribunal al coronel Pásara *“para conseguir la más reciente fotografía del General Abrill y hacerlo reproducir en un cuadro al óleo”*. El coronel Cornejo solicitó al Consejo ponerse de pie en memoria del General Abrill, lo que se hizo y se convino que estos actos sean puestos en conocimiento de la familia del citado general. Participaron de la sesión el general de brigada Gabriel Velarde Álvarez (Presidente), contralmirante J. Ernesto de Mora, general de brigada Manuel Pío Alcalá, coroneles Carlos Augusto Pásara y César Gonzáles, capitán de navío Federico Sotomayor Vigil, coronel Arturo F. Cornejo, capitán de navío Pedro A. Buenaño y el coronel Manuel G. de la Coterá, faltando el Fiscal doctor Juan Gallagher y Canaval.²¹

En la sesión del 05 de octubre se dio cuenta de la carta de Lisan-dro Quesada, hijo político del General Abrill, agradeciendo el homenaje rendido al citado señor general. El coronel Pásara dio cuenta que había recibido de la familia del General Abrill *“un retrato de este para la preparación del cuadro al óleo... habiendo contratado la obra por la suma de veinte libras con el retratista, quién le había expresado que por esa clase de retratos al óleo acostumbraba cobrar la suma de cuarenta libras, pero que en obsequio al general Abrill y al Tribunal lo haría por la mitad de su valor.”*²² Esa pintura al óleo se encuentra hoy en la galería de presidentes del Fuero Militar Policial y ha sido reproducida en la carátula de esta revista.

21 Libro de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales, Tomo XI.

22 Ibídem.

Colofón

El general de Brigada Carlos Isaac Abrill Galindo ejerció el cargo de vocal del entonces Consejo de Oficiales Generales, aproximadamente, por seis años y cuatro meses. Fue Presidente del mismo algo más de 5 años y su labor en este cargo fue notable, que fue facilitada por su relación con personas allegadas al gobierno de Augusto B. Leguía, quien incluso visitó la sede del Consejo, en lo que probablemente sea la primera visita de un Presidente de la República a un local del Fuero Militar. Su muerte fue sentida y su recuerdo perdura entre nosotros.

■ Historias breves

“PINCELADAS SOBRE LA JUSTICIA MILITAR PERUANA HASTA 1906”

I. EL PROCESO A ATAHUALLPA ÚLTIMO INCA DEL PERÚ

El ilustre penalista español Luis Jiménez de Asúa, en palabras de Guillermo Lohman Villena, expresó: “Asombra en verdad que nadie en el andar del tiempo se hubiera impuesto la tarea de redactar un estudio descriptivo y suficientemente esclarecedor del problema técnico-jurídico-penal del caso trascendental denominado “Juicio de Atahualpa”.

José Antonio del Busto Duthurburu, en su obra “Francisco Pizarro 2”, señaló que Atahualpa fue sometido a un juicio sumario o brevísimo, el 25 de julio de 1533. El Tribunal estuvo presidido por Francisco Pizarro e integrado por Diego de Almagro, como, Juez del proceso, el escribano Sancho de Cuéllar, el Bachiller Juan de Balboa, como Fiscal y la defensa estuvo a cargo de Juan de Rada.

Atahualpa fue acusado por los delitos de Traición (incumplimiento del ofrecimiento de oro y plata, sublevación contra España), Regicidio (matar a su hermano Huáscar), Fratricidio (asesinato de otros hermanos), Homicidio (matar a sus parientes y criados), Incesto (tener hijos con su hermana), Herejía (nombrarse hijo del sol), Adulterio y Poligamia (relaciones con varias mujeres), Usurpación (del trono que correspondía a Huáscar), Tiranía (poder absoluto), Idolatría (culto a ídolos), Sacrificios Humanos (muerte por causas religiosas) y Conspiración (levantarse contra España). Fue condenado a morir quemado en la hoguera, aunque

1 Contralmirante, Vocal Supremo del Fuero Militar Policial.

finalmente esa pena fue mutada por la del garrote, al ser bautizado por Fray Vicente de Valverde. El historiador del Busto incide en “la conspiración o traición como causa real y directa de la ejecución del Inca”.²

II. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y LA JUSTICIA MILITAR

Tras la invasión napoleónica de España y el vacío de poder generado por la “captura” del Rey, las Cortes Generales Españolas, reunidas extraordinariamente en Cádiz, en marzo 19 de 1812, sesionaron hasta aprobar un texto constitucional. Estas Cortes estuvieron integradas no solo por representantes españoles, sino también por americanos, entre ellos por representantes del Virreinato del Perú, que al decir del doctor Domingo García Belaúnde, fueron: Dionisio Inca Yupanqui, diputado por el Perú; Antonio Zuazo, diputado por el Perú; José Lorenzo Bermúdez, diputado por la Provincia de Tarma del Perú; Pedro García Coronel, diputado por Truxillo del Perú; Ramón Feliu, diputados por el Perú; Vicente Morales Duárez, diputado por el Perú; José Joaquín de Olmedo y Maruri, y por Guayaquil; Blas Ostolaza, diputado por el reino del Perú; Francisco Salazar y Carrillo, diputado por el Perú y José Antonio Navarrete, diputado por el Perú, secretario.³

La Constitución Española de 1812 o Constitución de Cádiz, popularmente denominada “La Pepa”, estaba dividida en diez títulos y 384° artículos. Contenía las ideas liberales predominantes de la época; así, consignaba el principio de soberanía nacional; limitaba la monarquía hereditaria; reconocía al catolicismo como religión oficial; fijaba la división de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial; e instauraba los derechos y deberes de los ciudadanos. En España que así como en América, la vigencia y aplicación de la Constitución de Cádiz fue errática e inestable, acorde a las turbulencias políticas y sociales de la época.

En cuanto a la administración de justicia, la Carta de Cádiz contenía aportes extraordinarios. El Título V “De los Tribunales y de la Administración de Justicia” hacía referencia a garantías que hoy, para nosotros, son absolutamente esenciales, como la independencia de los tribunales, las formalidades del proceso, la exclusividad de la labor jurisdiccional, la permanencia de los magistrados, etc. En lo que respecta a la justicia militar

2 BLUME ROCHA, Ernesto Jorge. “La Justicia Militar en la Historia del Perú”, Editorial ADRUS, Primera edición, enero 2010, Arequipa, Perú, páginas 108-115.

3 GARCIA BELAUNDE, Domingo, “Las Constituciones del Perú”, Tomo I, Universidad San Martín de Porras, Publicaciones del Rectorado, Fondo Editorial, Lima, 1006, páginas 88-89.

se precisó: “Art. 250. Los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere”, reconociéndose expresamente que tribunales distintos a los ordinarios, conductas típicas propias y procedimientos especiales fijados en las Ordenanzas Militares, se requerían para administrar justicia militar.

III. LAS ORDENANZAS MILITARES ESPAÑOLAS

Es importante señalar que la justicia militar, durante el virreinato, se encontraba regulada, básicamente, por las Ordenanzas Militares. Entre estas, las más renombradas fueron las de Carlos III, de 22 de octubre de 1768, que incluso rigieron durante parte de nuestra vida republicana. Otras normas coloniales fueron las Ordenanzas de 1728, además de las Ordenanzas del 10 de enero y 7 de abril de 1745, sobre las atribuciones del Auditor de Guerra y las Ordenanzas de su Majestad para el Gobierno, Disciplina y Subordinación del Ejército, entre otras.⁴

Igualmente, como afirmó el doctor Teobaldo Gonzales López, Fiscal General del Consejo de Oficiales Generales a partir de 1936, también se aplicaron la Real Cédula de Carlos III del 4 de noviembre de 1773, que creó el Consejo Supremo de Guerra en España y la Ordenanza Naval de 1802.⁵

IV. NORMAS SOBRE JUSTICIA MILITAR EN LOS PRIMEROS AÑOS DE NUESTRA VIDA REPUBLICANA

En los inicios de la república peruana y hasta la dación del primer código de justicia militar en 1898, se siguieron aplicando las Reales Ordenanzas Militares de Carlos III de 1768, con modificaciones puntuales; así, el artículo 18° del Reglamento Provisional de San Martín, dado el 12 de febrero de 1821, precisaba: “Todas las Leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad é independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de setiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados o abrogados por autoridad competente”.⁶

4 BLUME ROCHA, Ernesto Jorge, Ob. Cit., página 84.

5 Prólogo al Código de Justicia Militar, Teobaldo Gonzales López, en Freyre Villavicencio, Herbert y Ricardo Nugent I. Ch, Código de Justicia Militar, anotado y concordado, Lima, 1952, Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, pp. XII y ss.

6 PALOMINO MANCHEGO, José F. y otro, “La Constitución de Cádiz de 1812”, La Jurisdicción Militar en el período gaditano: su influjo en el Perú, Talleres Gráficos Institia, 2015, Lima, Perú, pie (11) de la página 907.

Un trabajo precursor en la legislación militar fue el “Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú de 1827”, que regulaba la organización y estructura de las Fuerzas Armadas, delimitaba los alcances y competencia de la justicia militar, normaba el procedimiento, así como los delitos y faltas. Sus autores fueron Anselmo Quirós y Nieto, liberal, Oficial del Ejército Libertador, combatió en Junín y Ayacucho; Manuel Ignacio García, liberal, magistrado, político y Auditor de Guerra; y Pedro Pablo Bermúdez Ascarza, Diputado y Senador, Ministro de Guerra y Jefe Supremo en 1834.

En materia constitucional, un hito para la justicia militar fue su reconocimiento especial en la Constitución Política de 1834. Esta Carta fue promulgada por el General Luis José de Orbegoso, y aunque no tuvo un significativo tiempo de vigencia, fue importante porque en su artículo 110° estableció: “un Consejo Supremo de la Guerra, que estaría compuesto de vocales y un fiscal nombrados por el Congreso de la República”. Este artículo tuvo un desarrollo legislativo y de hecho se dieron pasos para su organización; no obstante, la Constitución de 1839 y las posteriores a ella, que se promulgaron en el siglo XIX, ignoraron este avance.

Otra pincelada sobre justicia militar está referida a la dación de la Ley de 14 de enero de 1865, por la cual se dispuso la vigencia de un Código de Justicia Militar que se redactó por una comisión especialmente nombrada, pero que finalmente no funcionó por producirse la Revolución Restauradora de Mariano Ignacio Prado contra el Gobierno del General Juan Antonio Pezet Rodríguez.⁷

V. DOS PROCESOS PENALES MILITARES EMBLEMÁTICOS DEL SIGLO XIX

V.1. El proceso contra Miguel Grau Seminario

Es célebre la defensa verbal que en la audiencia del 01 de febrero de 1867 realizó el ilustre doctor Luis Benjamín Cisneros a favor del Comandante de la Corbeta “Unión”, el Capitán de Fragata don Miguel Grau, acusado por los delitos de “Insubordinación, Rebelión y Traición a la Patria”, por oponerse al nombramiento del Comodoro USA (r) John Randolph Tucker como Comandante General de la Marina Peruana.

Realizada la Audiencia por el Consejo de Guerra presidido por el Mariscal don Antonio Gutiérrez de la Fuente e integrada por los señores Generales de División don Manuel Martínez de Aparicio y don José Rufino Echenique y los de Brigada don Pedro Cisneros, don Baltazar

7 BLUME ROCHA, Ernesto Jorge, Ob. Cit., página 253.

Caravedo, don Luis la Puerta y don Nicolás Freyre, como vocales, actuando como asesor el señor Auditor de Marina Dr. Agustín Fuentes Chávez, dictó sentencia absolviendo al Capitán de Navío Lizardo Montero Flores, a los Capitanes de Fragata Miguel Grau Seminario, José Ferreyros y Senra y Aurelio García y García, enjuiciados con otros 27 oficiales de la marina y un contador, quienes estuvieron reclusos en la isla de San Lorenzo. Años más tarde el Almirante Miguel Grau, al inmolarse en defensa de la patria, hizo realidad las célebres palabras de don José de San Martín: “Morir por la Patria es vivir para siempre”.⁸

V.2. El proceso contra Manuel Antonio Villavisencio Freire

En el foro Peruano también es trascendente la defensa verbal que realizó el 16 de octubre de 1880 el jurista y abogado doctor Miguel Antonio de la Lama, a favor del Capitán de Navío don Manuel Antonio Villavisencio y Freire, ante el Consejo de Oficiales Generales. El Comandante Villavisencio es célebre en la historia marítima del Perú, por haber logrado romper dos veces el bloqueo chileno del puerto de Arica, el 17 de marzo de 1880, como comandante de la Corbeta Unión, durante la Guerra del Pacífico. Sin embargo, siete meses después fue sometido al Consejo de Guerra, acusado de la comisión del delito de “Desobediencia Militar”, por no realizar el pago a la tripulación por los meses de agosto y setiembre del referido año, ordenado por el Comandante General de la Marina, cuando el buque estaba por zarpar en los próximos días. El Comandante Villavisencio consideró que debería pagarse sólo la mitad, dado que el pago completo produciría desertiones antes del viaje, pagándose el resto al zarpe de la nave. El Comandante General de la Marina ordenó su “arresto” en su buque, y no obstante considerarlo inaceptable, cumplió con la orden. El Consejo de Guerra lo absolvió del delito de desobediencia militar y dio por compurgada la falta con el arresto sufrido. El Dr. Miguel Antonio de la Lama, más tarde Fiscal General de la justicia militar, refirió en su libro “Retórica Forense”, que publicaba esa defensa, “no porque la crea modelo de oratoria, sino por estar sus partes arregladas á las indicaciones del texto, y por hacerse en ella referencia á episodios gloriosos para el Perú en la Guerra del Pacífico”.⁹

8 AROSEMENA GARLAND, Geraldo, “El Almirante Miguel Grau”, 5ta. Edición, Tipografía y Offset Peruana SA, 1973, Lima, páginas 39-42.

9 DE LA LAMA, Miguel Antonio, “Retórica Forense”, 1896, 1ra. Edic., Librería, Imprenta y Encuadernación GIL, Banco del Herrador, Lima, páginas 310-323.

VI. EL PRIMER CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

El Presidente de la República don Nicolás de Piérola Villena (1839-1913), “El Califa”, considerando las circunstancias en que vivía el país, dispuso la reorganización del Ejército y para ello contrató una Misión Militar Francesa, la que llegó al Perú en 1896. La Misión la comandaba el Coronel Pablo Clément y la integraban, además, el Capitán de Artillería Armando Felipe Augusto Pottin, Conde de Vauvineux, Capitán de Infantería Ernesto Claudio Perrot y el Capitán de Caballería Eduardo Dogny, todos ellos tenientes coroneles del Ejército peruano.

Por Decreto del 20 de setiembre de 1897, se nombró tres comisiones presididas por el Coronel Pablo Clément. La primera de ellas redactó el proyecto de Ley del Servicio Militar y el del Código de Justicia Militar, y estuvo integrada por cuatro militares y dos abogados. El proyecto de Código de Justicia Militar fue presentado ante el Despacho de Guerra y Marina el 19 julio de 1898 y tuvo como principales fuentes legislativas el Código Penal Militar Francés, modificado y reglamentado hasta el 31 de agosto de 1878, así como el Código Español de Justicia Militar de 1890.

El Código de Justicia Militar de 1898, fue promulgado el 20 de diciembre de ese mismo año y creó con carácter permanente al Consejo Supremo de Guerra y Marina, que estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 1906, siendo sustituido por el Consejo de Oficiales Generales.

La instalación del Consejo Supremo de Guerra y Marina se llevó a cabo “en el salón principal de la excelentísima Corte Suprema de Justicia, con asistencia del entonces Presidente de la República don Nicolás de Piérola Villena, y estuvo revestido de singular solemnidad”¹⁰, siendo el primer Tribunal de administración de justicia militar, velando por el mantenimiento de la paz pública, la moral y la disciplina institucional.

El primer Código de Justicia Militar 1898 tuvo una vigencia de 40 años, siguiendo la regulación de la justicia militar colonial. Facultó al Poder Ejecutivo a nombrar a los Vocales del Consejo Supremo de Guerra y Marina (art. 80°), máxima instancia de la justicia militar, así como a los Jueces Instructores (arts. 97° y 98°). Se componía de cuatro Generales, dos Contralmirantes y los tres Vocales Supremos menos antiguos de la Corte Suprema de Justicia (art. 80°). Existían dos salas, las que eran formadas anualmente: Sala Suprema de Guerra y Sala Suprema Revisora (art. 84°).

10 BRAVO MAXDEO, Roosevelt, “Personajes de la Justicia Militar”, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Perú, 2014.

Recayó en el Dr. Simón Gregorio Paredes, Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República, presidir por primera vez el Consejo, el 23 de marzo de 1899. Desde entonces y hasta el 31 de octubre de 1906, catorce Vocales Supremos pasaron por el Consejo. En “Personajes de la Justicia Militar”, el autor ha presentado una estadística sobre la participación de los Vocales de la Corte Suprema en las sesiones del Consejo Supremo de Guerra y Marina.¹¹

Los primeros integrantes de la Sala Suprema de Guerra fueron:

- Dr. Ricardo León Ignacio Ortiz de Zavallos y Tagle, Vocal de la Corte Suprema;
- General de Brigada Isaac Recavarren Flores;
- Capitán de Navío Camilo Nicanor Carrillo Martínez; y,
- Coronel Bruno Morales Bermúdez.

La Sala Suprema Revisora se conformó con:

- Dr. Manuel León Castellanos, Vocal de la Corte Suprema;
- General de Brigada Juan Martín Echenique;
- Coronel Miguel Valle Riestra; y,
- Capitán de Navío Francisco Sanz.¹²

Por Resolución Suprema del 17 de marzo de 1899 se nombró Fiscal General del Consejo Supremo de Guerra y Marina al eminente jurista, catedrático, abogado, codificador y notario, de gran prestigio, Miguel Antonio de la Lama Urriola, ejerciendo el cargo hasta su muerte en 1912. Jorge Basadre Grohmann, en su cátedra de San Marcos, realizó una división metodológica de los juristas Peruanos del siglo XIX, y entre los denominados enciclopedistas estaban el Dr. Miguel Antonio de la Lama, Francisco García Calderón, Manuel Atanacio Fuentes y Germán Leguía y Martínez.

En cuanto a la organización de la jurisdicción militar, el primer código atribuía competencia jurisdiccional temporalmente a cualquier otra autoridad del Ejército (art. 4º; el Fiscal era nombrado por la autoridad judicial militar (art. 105); los Auditores de Guerra eran abogados (art. 119º); los Defensores de Oficio (art. 114) y los Secretarios (art. 111), eran nombrados por el Jefe de Zona Militar. Ejercían la jurisdicción militar militares en actividad (arts. 2º y 3º) y los conflictos o contiendas de competencia

11 Ibidem.

12 PALACIOS RODRÍGUEZ, Raúl, Historia Marítima del Perú, Tomo XII, Vol. 2, 1884-190, pág. 190.

con la jurisdicción ordinaria, eran resueltos por el Consejo Supremo de Guerra y Marina (art. 49°).

En cuanto a la competencia, el Código de 1898, conocía asuntos de naturaleza civil y patrimonial, reglas de parentesco (art. 24°), relaciones matrimoniales (art. 25°), deudas que los militares habían contraído en campaña (art. 26°). Por razón del delito, el Código de 1898 extendía la competencia de la justicia militar a los civiles involucrados en la comisión de delitos de insulto al centinela o espionaje, robo, incendio, hurto, estafa de caudales, material, armas y pertrechos pertenecientes a la hacienda militar, aun cuando la conducta hubiera sido cometida fuera de las dependencias militares (art. 11°).

Igualmente, los civiles eran juzgados por jueces y tribunales militares por la comisión de delitos como la destrucción de hilos telegráficos, ataques a conductores de valijas postales o robo de estas, obstrucción de vías férreas, entre otros delitos comunes, siempre que fueran cometidos por una banda, cuyo número fuese igual o mayor de tres personas (art. 11°).

Al mismo tiempo, el Código de 1898 estableció la competencia de la justicia militar para conocer de los delitos comunes cometidos por los militares en acto de servicio (art. 13°). Además, los civiles también eran juzgados por la justicia militar, cuando cometían un delito en algún recinto militar, aunque fuera de naturaleza común (art. 14°).

Respecto a los bienes jurídicos tutelados, el Código de 1898 contemplaba delitos que protegían bienes jurídicos estrictamente militares, como el ataque a centinela (artículo 256°), abandono del servicio (281°), desertión (294°), así como delitos que no afectaban bienes jurídicos castrenses, como prevaricato (277°), impedir elecciones populares empleando a las Fuerzas Armadas o impedir la reunión del Congreso (239°). El Código de Justicia Militar del Perú tenía cuatro Libros:

El Libro Primero trataba sobre la organización y atribuciones de los Tribunales Militares. La jurisdicción de guerra se ejercía en nombre de la nación, por las autoridades militares y Tribunales de Justicia Militar. Eran Tribunales de Justicia Militar los Consejos de Guerra, el Consejo Supremo de Guerra y Marina y los Consejos de Revisión en campaña. La jurisdicción de guerra se ejercía por razón del delito, del lugar en que el delito se cometía y por razón de guerra. Su tendencia era ampliar la jurisdicción militar.

El Libro Segundo, sobre Delitos y Penas, consignaba los delitos de Traición a la Patria, Espionaje, Violación del Derecho de Gentes, Infidencia, Rebelión, Sedición, Motín, Ataque al centinela, Insulto al superior, Desobediencia, Abuso y Usurpación de autoridad, Prevaricato y Cohecho, Abandono del servicio, Negligencia, Denegación de auxilio, Abandono de

puesto, Abandono de destino, Deserción, Inutilización voluntaria para el servicio, delitos contra el Honor y el Decoro Militar, Evasión de presos, falsedades, uso de condecoraciones, distintivos e insignias que no les correspondan, Saqueo y Devastación, Exacciones, Enajenación de objetos y prendas militares, malversaciones, fraudes, robos y hurtos, Adulteración o falsificación de efectos y víveres, Omisiones a la administración militar.

Las Penas eran de muerte, penitenciaría, cárcel, reclusión, arresto mayor, degradación, expulsión del Ejército, separación absoluta del servicio, expatriación, confinamiento, destierro y la de recargo en el tiempo de servicio.

El Libro Tercero de los Procedimientos Judiciales, se sustanciaba un juicio ordinario, un juicio extraordinarios y en campaña, otro de carácter sumario y las Cortes de Honor. El Libro Cuarto de las faltas y correcciones.¹³

El Presidente del Consejo de Guerra y Marina doctor José Mariano Jiménez, en su Memoria remitida al Ministro de Guerra y Marina con fecha 21 de junio de 1900, consigna datos de gran valor. Al primer año de funcionamiento, revelaba la penosa y lenta administración de justicia militar y la necesidad de una severa actitud e imparcialidad por parte de los Jueces. Uno de los casos más notables que tuvo que resolver fue el seguido al ex - Presidente y Héroe Nacional en la Guerra del Pacífico don Andrés Avelino Cáceres Dorregaray, por conato de rebelión.

En 1901, el Ministro de Guerra y Marina encomendó a la Junta Superior de Marina la formulación de un Código de Justicia Naval, la que estuvo asesorada por el jurisconsulto doctor Miguel Antonio de la Lama. Fue denominada Comisión Codificadora de Justicia Marítima y la integraron el Contralmirante Toribio Raygada y Oyarzábal, el Vicealmirante Manuel Antonio Villavisencio Freyre, los Capitanes de Navío Juan B. Cobán, Manuel M. Valderrama, Emilio Díaz y el Dr. Víctor E. Ayarza, siendo presentado el proyecto, pero nunca llegó a tener aplicación o vigencia.¹⁴

El tratadista austriaco Peter Ferdinand Drucker dijo que “La mejor manera de predecir el futuro... es crearlo”; así, tras la dación de leyes nuevas, fue creado el Consejo de Oficiales Generales, el 31 de octubre de 1906, mediante la Ley N° 273, que, además, modificó varios artículos del Código de Justicia Militar de 1898, reemplazando al Consejo de Guerra y Marina.

13 “Código de Justicia Militar del Perú”, Ed. Oficial, 1898, Of. Tip. El Tiempo, Lima.

14 PALACIOS RODRÍGUEZ, Raúl, Ob. Cit., página 190.

El 7 de diciembre de 1906, se instaló el Consejo de Oficiales Generales integrado por nueve Vocales: seis Generales, tres Contralmirantes y un Fiscal letrado. Según la Biografía del Vicealmirante Manuel Antonio Villavisencio Freyre, en la Revista “El Jurista del Fuero Militar Policial”, fue el primer Presidente del Consejo de Oficiales Generales, juramentando a las tres y cuarto de la tarde, en el salón de recepciones especiales del Palacio de Gobierno, ante el señor Presidente Constitucional de la República Dr. José Simón Pardo y Barreda, ejerciendo la Presidencia del Consejo de Oficiales Generales hasta el 4 de abril de 1910. Así se inicia la segunda etapa de la justicia militar en el Perú.

Estas son, pues, algunas “pinceladas” sobre nuestra justicia Militar que creo, merecen ser recordadas.

LOS VECINOS DEL CORONEL FRANCISCO BOLOGNESI

Ubicar al coronel Francisco Bolognesi Cervantes en relación a otros distinguidos personajes que habitaron la ciudad de Lima el último tercio del siglo XIX, es el motivo del presente trabajo. A continuación, presentamos el lugar de las residencias de algunos de ellos a los que llamaremos *“Los Vecinos del Coronel Francisco Bolognesi”*

En 1876 el doctor Manuel Atanacio Fuentes, efectuó un empadronamiento general de la población de Lima, la que alcanzó la cifra de 100,156 habitantes repartidos en 5 cuarteles, incluidos el Rímac y la Victoria. El cuartel 1° era el lugar donde no solo residían las minorías económicamente dominantes, sino también ciudadanos de distintos estamentos sociales, como el caso del coronel Francisco Bolognesi, quien vivía en la calle de la Medalla N° 815 (cuadra 8 Jr. Ica); de esta casa partió el 5 de abril de 1879 rumbo al sur, hacia el sacrificio y la gloria. Su hermano el coronel Mariano Bolognesi, militar ilustrado y de probado patriotismo, residía en la calle de Gremios N° 123 (cuadra 4 Jr. Callao), y muy cerca tenía su hogar el escritor Ismael Portal, autor del libro *“Bolognesi y sus hijos Familia de Héroes”* (calle Gremios N° 483)

En la calle de la Riva N° 13 (cuadra 4 Jr. Ica), vivía el coronel José Balta, presidente de la república entre el 2 de agosto de 1868 y el 26 de julio de 1872. Otro coronel, Osvaldo Plucker, segundo jefe del Batallón Provisional de Lima en la batalla de Tarapacá, residía en la calle de Belaochaga N° 150, altos (cuadra 3 Jr. Cailloma); en la misma calle, en el N° 146,

1 Historiador del Centro de Estudios Histórico Militares del Perú.

vivía el abogado Natalio Sánchez, quien, con el grado de teniente coronel, murió en la batalla de Miraflores. Una calle antes, en Nápoles N° 122, altos (cuadra 4 Jr. Rufino Torrico) tenía su morada Juan Lepiani, pintor de **“La Respuesta de Bolognesi”**, **“La batalla de Arica”** y otros lienzos de incalculable valor histórico. A pocos metros, calle de Ortiz N° 115 (cuadra 3 Jr. Huancavelica), se encontraba la residencia del médico Manuel Odriozola Moreno, hijo del coronel Manuel Odriozola, Ministro de Instrucción Pública del gobierno de Manuel Pardo.

El general de brigada Pedro Silva Gil, Jefe del Estado Mayor de la fuerzas peruanas en las batallas de San Juan y Miraflores y muerto heroicamente en la batalla de Huamachuco, residía en la calle de la Acequia N° 16, altos (cuadra 5 Jr. Cailloma). Una calle antes, Puerta Falsa del Teatro N° 111 (cuadra 4 Jr. Cailloma) vivía el doctor Ricardo Aranda, autor de la valiosa ***Colección de los tratados, convenciones y armisticios y otros actos diplomáticos y políticos celebrados desde la independencia*** (14 Vol.). Cerca, en la calle Colonge N° 62 (cuadra 3 Jr. Cailloma) vivía el capitán de fragata Carlos Arrieta, jefe del Batallón Guardia Chalaca, muerto en la batalla de Miraflores. Otro personaje que residía en las inmediaciones fue el Comandante General del Ejército de Reserva para la defensa de Lima coronel Juan Martín Echenique, quien vivía en la calle de los Afligidos N° 235 (cuadra 1 Jr. Cailloma), muy cerca a la casa donde nació el coronel Francisco Bolognesi. En la calle de Valladolid N° 98 (cuadra 2 Jr. Callao) tenía su domicilio el general Pedro Bustamante, jefe de la División Exploradora en la batalla de Tarapacá.

Próxima a la Plaza de Armas, en la calle de Ayacucho N° 76 (cuadra 5 Jr. Camaná), estaba la residencia del empresario y político Dionicio Der-teano, que con el grado de coronel, concurrió a la batalla de Miraflores; y en esta calle residió también el mariscal Andrés A. Cáceres, quien vivía en el hogar de su hermana Fabiana Cáceres de Dianderas, aunque la casa más conocida del héroe de la Breña estuvo en San Ildefonso (cuadra 1 Jr. Andahuaylas). Otro vecino de la calle Ayacucho fue el ilustré veterano de la Independencia Gran Mariscal Antonio Gutiérrez de la Fuente, por ello fue conocida también como calle General La Fuente. En la calle Lartiga N° 64 (cuadra 4 Jr. Camaná) vivía el escritor Ricardo Palma, autor de las famosas Tradiciones Peruanas. El doctor José María Quimper, Ministro de Hacienda del gobierno del general Prado, residía en la calle del Pozuelo de Santo Domingo N° 174 (cuadra 2 Jr. Camaná). Tres cuadras a la derecha, en la calle Minería N° 21 (cuadra 1 Jr. Arequipa, hoy avenida Emancipación) vivía el coronel Juan Manuel Montero Rosas, muerto en la Batalla de San Juan.

En la calle Lezcano N° 24 (cuadra 1 Jr. Huancavelica), tuvo su casa el héroe de Angamos, Almirante Miguel Grau Seminario. A pocos metros,

en la calle de Plateros de San Agustín N°36 (cuadra 1 Jr. Ica) residía el general Luis la Puerta, vicepresidente de la república del gobierno de Prado. En la calle de la Merced (cuadra 6 Jr. Unión) vivía el escritor y anarquista Manuel Gonzales Prada, combatiente en la batalla de Miraflores. Dos cuadras en dirección a la Plaza de Armas, en la calle de Mercaderes N° 197 (cuadra 4 Jr. Junín), estaba la famosa casa Courret Hermanos, el establecimiento fotográfico más acreditado del siglo XIX, activo hasta el siglo pasado. El abogado y político José Simeón Tejeda, domiciliaba en la calle Mantas N°35 (cuadra 1 Jr. Callao).

Con muchos de estos distinguidos personajes coincidía seguramente el Coronel Bolognesi en las diarias actividades que realizaba en la capital, antes de marchar al Sur a *“Quemar el último cartucho”*, en defensa de nuestra patria.

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en julio del 2017 en

IMAGIDEAS.COM de Milagros Morales

RUC: 20524409471

Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre

Teléfono: (511) 2613558 / Cel. 987848007

E-mail: mmorales@imagideas.com.pe



LOCAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR POLICIAL DEL ORIENTE (TSMPO)

Ubicado en la Av. Abelardo Quiñones, Km. 1.5 de la vía de acceso al aeropuerto de la ciudad de Iquitos. Fue construido siendo Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar el Vicealmirante Roberto DUBOC Deza. Antes de la creación del TSMPO, en el año 2009, estas instalaciones fueron ocupadas por la Quinta Zona Judicial del Ejército, los Juzgados Militares de la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea del Perú, y la Quinta Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú.

Fuero Militar Policial
Av. Arenales N° 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

