

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO IX - NÚMERO 15 / JULIO 2020



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 (R) Alonso Esquivel Cornejo

**DIRECTOR DE LA REVISTA Y DEL CENTRO
DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR**
General de Brigada Aníbal Villavicencio Villafuerte

EDITOR DE LA REVISTA
Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Corrección de estilo
General PNP (R) Jorge López Zapata

Diagramación y diseño de portada
Socorro Gamboa García

Colaboradores
T2. AP. Jorge Alberto Zúñiga Ruiz
Yasmina Santos Agapito

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

Edición julio 2020
Año 9 - Número 15
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-15773

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

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.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN <i>Alonso Esquivel Cornejo</i> _____	9
--	---

ARTÍCULOS

EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO Y DESERCIÓN EN EL DERECHO PENAL MILITAR SUDAMERICANO: ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO <i>José Luis Martín Delpón</i> _____	15
---	----

FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN EL ESTADO DE DERECHO MODERNO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL POSMODERNA <i>Javier Gamero Kinosita</i> _____	37
--	----

CAUSA N° 394-78 SEGUIDA AL SUB OFICIAL DE TERCERA FAP JULIO ALFONSO VARGAS GARAYAR, POR EL DELITO DE TRAICIÓN A LA PATRIA <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	59
--	----

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN CASTRENSE PERUANA <i>Arturo Antonio Giles Ferrer</i> _____	71
--	----

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL CUERPO GENERAL DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DEL PERÚ <i>Julio César Coz Vargas</i> _____	89
---	----

APUNTES PARA EL ESTUDIO DEL FUERO PRIVATIVO MILITAR A MEDIADOS DEL SIGLO XIX: LA CONSTITUCIÓN (1856, 1860) Y EL REGLAMENTO DE TRIBUNALES (1855) <i>José Francisco Gálvez</i> _____	93
INAPLICABILIDAD DEL BENEFICIO PENITENCIARIO DE SEMILIBERTAD EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL <i>Vanessa Pizarro Vilcapoma</i> _____	107
“LA INVESTIGACIÓN PATRIMONIAL DEL DELITO” <i>Alfredo J.F. Balbuena Pareja</i> _____	121
DERECHO DE IMPUGNACIÓN DEL DENUNCIANTE EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR <i>Juan Pablo Fernández Díaz</i> _____	133
LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL ESTADO DE EMERGENCIA A PROPÓSITO DE LAS GRAVES CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN LA VIDA DE LA NACIÓN POR EL BROTE DE LA COVID-19 <i>Glen Zevallos Ocampo</i> _____	141
EL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE SUS PRINCIPIOS PROCESALES <i>Carlos Nicolás Rodríguez Urday</i> _____	155
LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA INDEBIDA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL COMÚN EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL <i>Alberto Willy Becerra Pérez</i> _____	173

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA JOSÉ MARÍA PONCE BROUSSET <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	185
---	-----

ANEXOS

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL TENIENTE CORONEL ALEJANDRO ROOSEVELT BRAVO MAXDEO, EN LA CEREMONIA DE CELEBRACIÓN POR LOS CIENTO VEINTIÚN AÑOS DE LA JUSTICIA MILITAR DEL PERÚ	191
PRESENTACIÓN DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR” N° 14 _____	205

PRESENTACIÓN

El Fuero Militar Policial, Organismo Constitucional Autónomo que tiene como finalidad administrar justicia para la Defensa y la Seguridad Nacional, se mantiene en funciones con mayor razón y con redoblado esfuerzo en los momentos de conflicto, desastre o amenaza de cualquier índole contra la nación, como ocurre el año 2020 a causa de la pandemia por el nuevo coronavirus.

En medio de esta coyuntura ha tenido lugar la saludable renovación en la conducción institucional, según lo dispuesto en nuestras normas, y en virtud de ellas, desde el 25 de mayo último, tengo el alto honor de presidir el Fuero Militar Policial, cargo que he asumido con el mayor compromiso y la firme decisión de fortalecer el Fuero Militar Policial en su rol fundamental de administrar justicia militar policial y en todo aquello que permita restablecer su capacidad operativa, afianzando el rol del magistrado militar policial.

Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se encuentran entre las primeras que se movilizaron para respaldar la acción de un Estado en su lucha contra esta amenaza de tipo global, ante un enemigo invisible que trasciende fronteras, culturas y estándares económicos. Esta situación en el mundo ha desencadenado una visión más enfática sobre el papel que cumplen las fuerzas militares y policiales, ya no solo en la lucha contra la delincuencia convencional o contra el narcotráfico y terrorismo internacional, sino también en situaciones de calamidad que atentan no sólo contra la vida de los países, sino que amenazan con la extinción de la especie humana.

Dentro de este panorama difícil, en el nivel de nuestra responsabilidad y campo de acción, en el Fuero Militar Policial nos hemos mantenido firmes en el cumplimiento de la misión, a través de todos nuestros elementos operativos: jueces y fiscales militares policiales, de todos los niveles e instancias, que han actuado en forma permanente realizando acciones de prevención del delito de función y de investigación en todos los casos que son de su competencia, en aplicación del Código Penal Militar Policial, durante este largo período de emergencia nacional.

Nuestra tarea central y fundamental, que es la administración de justicia militar policial, no se ha detenido jamás y tampoco ha ocurrido ello en el desarrollo del conocimiento jurídico y la capacitación, es por ello que nos es posible poner a disposición de personas especializadas en Derecho y del público en general, la presente edición de nuestra revista: “El Jurista del Fuero Militar Policial”, que es fruto del trabajo perseverante y el esfuerzo académico de nuestra institución, con el fin de contribuir al fortalecimiento del universo académico y los conceptos jurídicos que vertebran el Derecho militar.

Esta edición, la décima quinta de nuestra revista, ve la luz en medio de una coyuntura de lucha global y de dura exigencia para la acción militar y policial, lo cual nos lleva a la reflexión sobre la gran necesidad de fortalecer la estructura jurídica y legal que la sostiene.

Es importante destacar en su contenido los artículos sumamente interesantes sobre la historia, el Derecho comparado y los temas de análisis y técnica jurídica, que sirven para actualizar conocimientos especializados y generar el debate en busca de mayor claridad.

Con la convicción de que el Derecho y la justicia militar tienen en todo tiempo un rol trascendental para la preservación de la paz, el orden y la seguridad en el Perú y en los países amigos a los cuales llega esta publicación, los invito a navegar en su contenido y generar una interacción constructiva alrededor de los temas que se ofrece.

ALONSO LEONARDO ESQUIVEL CORNEJO
General de Brigada
Presidente del Fuero Militar Policial

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO Y DESERCIÓN EN EL DERECHO PENAL MILITAR SUDAMERICANO: ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR ESPAÑOL; 2. POSTURA SUBJETIVISTA. 2.1. CHILE: DECRETO 2226 DE 19 DE DICIEMBRE DE 1944. 2.2. EL SALVADOR: DECRETO LEGISLATIVO 562, DE 5 DE MAYO DE 1964; 3. POSTURA OBJETIVISTA. 3.1. LOS CÓDIGOS PENALES MILITARES VIGENTES MÁS ANTIGUOS: MÉJICO Y URUGUAY. 3.1.1. EL CÓDIGO PENAL MILITAR MEJICANO DE 31 DE AGOSTO DE 1933. 3.1.2. EL CÓDIGO PENAL MILITAR URUGUAYO DE 28 DE ENERO DE 1943. 3.2. LA CODIFICACIÓN PENAL MILITAR DEL ÚLTIMO TERCIO DEL SIGLO XX. 3.2.1. EL DECRETO LEY 1001, DE 21 DE OCTUBRE DE 1969, DE BRASIL. 3.2.2. EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO: DECRETO LEY N° 13321 DE 22 DE ENERO DE 1976. 3.2.3. EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE PARAGUAY, DE 18 DE DICIEMBRE DE 1980. 3.2.4. VENEZUELA: EL CÓDIGO ORGÁNICO DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1998. 3.3. LOS CÓDIGOS PENALES MILITARES CON FUERO MILITAR Y POLICIAL: COLOMBIA Y PERÚ. 3.4. EL MÁS MODERNO DE LOS CÓDIGOS OBJETIVISTAS: EL CASO DE NICARAGUA; 4. LAS TESIS OBJETIVISTAS RECOGIDAS EN LA LEY PENAL COMÚN: LOS CASOS DE ECUADOR Y ARGENTINA; Y 5. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El autor hace un estudio comparado sobre los alcances de los delitos de abandono de destino y de deserción en los códigos de justicia militar de países latinoamericanos y las posturas subjetivistas y objetivistas que asumen, comparándolas con la legislación penal militar española.

¹ Oficial del Cuerpo Jurídico Militar de España.

ABSTRACT

The author makes a comparative study on the scope of the dereliction of duty and desertion's offenses in the military justice codes of Latin American countries and the subjectivist and objectivist positions they take, comparing them with the Spanish military criminal legislation.

1. INTRODUCCIÓN Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR ESPAÑOL

Los delitos de abandono de destino y desertión, como quebrantamientos del deber de presencia del militar, son tan antiguos como los primeros ejércitos estructurados y jerarquizados. La evolución histórica de estos delitos parte de una división tripartita de conductas plasmadas en el *Digesto*. De mayor a menor gravedad se encontraba el “*transfugium*”, como acto de suma traición por el que el militar se pasaba a las filas enemigas en combate, la “*desertio*”, en la que el abandono se dilataba en el tiempo hasta que el desertor era detenido o reducido, y la “*emansio*”, donde la ausencia de pocos días finaliza por la propia decisión del militar. La diferencia entre estas dos últimas conductas era que en la primera debía concurrir un “*animus*” específico: el ánimo

de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones propias del soldado.

Este sistema objetivista fue sustituido en algunas épocas históricas por otro subjetivista en el que se mantenía la misma conducta para ambos delitos, pero con la diferencia de que la desertión sólo podía ser cometida por la tropa, mientras que el abandono de destino, insistió, siendo la misma acción típica, únicamente podría ser cometido por un oficial o suboficial.

La plena disponibilidad del militar vino recién en las primeras Ordenanzas militares que, tras un periodo evolutivo, alcanzaron su máxima consagración en las Ordenanzas de Carlos III, las cuales tuvieron un gran impacto e influencia en la redacción de las primeras leyes penales militares sudamericanas². En efecto, la gran mayoría de estos, a excepción de Brasil, tienen como base de su legislación militar las Reales Ordenanzas de Carlos III, de 22 de octubre de 1768, en las que se especificaban las obligaciones del militar según fuera su graduación y en las que se fijaban como pilares del funcionamiento de la organización castrense tanto el honor como la disciplina del soldado³.

Estas “*Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos*” estuvieron vigentes en estos

2 PALOMINO MANCHEGO, J.F. (2019), “El influjo de las ordenanzas militares de Carlos III en el Perú (a propósito de los 250 años de su publicación)”, *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 13, pp. 17-52.

3 Para una referencia general, MESA ANGOSTO, C.E. (2012), “La Justicia Militar en el derecho comparado”, *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 1, pp. 17-26. POW SANG SOTELO, H.M. (2013), “Justicia Militar, visión global y perspectiva nacional”, *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 2, pp. 21-26. GILES FERRER, A.A. (2014, 2015), “Apuntes para una justicia militar comparada”, *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 4, pp. 129-148 y “La justicia militar bajo la lupa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: aproximación comparada”, *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 5, pp. 95-112. También FERNANDEZ SEGADO, F. (1992), “La Justicia

países y en algunos casos, hasta bien entrado el Siglo XIX⁴.

Antes de analizar cómo estas posiciones, la subjetivista y la objetivista, se han desarrollado en el derecho penal militar sudamericano, conviene hacer una mera referencia al panorama en el derecho español. El nuevo código penal militar de 2015 (en adelante CPM) ha recogido en el Título IV bajo la rúbrica “*Delitos contra los deberes del servicio*” y en concreto en el Capítulo III, “*Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio*”, tanto los delitos de abandono de destino o residencia y el delito de desertión.

El primero de ellos se regula en el artículo 56 al disponer como tipo básico que “*El militar que, incumpliendo la normativa vigente, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión*”. Este periodo de ausencia se reducirá y la pena aumentará del mismo modo en los casos de conflicto armado o en el caso de estado de sitio, estado de anormalidad constitucional recogido en el artículo 116 de la CE y desarrollado en la Ley Orgánica 4/1981. Así, el párrafo segundo dispone que “*En situación de conflicto armado o estado de sitio, la ausencia del militar o su falta de incorporación por tiempo superior a*

veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a seis años”.

Finaliza este artículo con un párrafo tercero en el que se incluye una norma para el cómputo de los plazos, tres días para el párrafo primero, veinticuatro horas para el segundo, según el cual “*se empezará a contar desde el momento en que se produjere la ausencia o falta de incorporación, hasta aquel en que tuviere lugar la presentación*”.

Por su parte, la desertión se regula en el artículo 57, estableciéndose que “*El militar que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia, o no se presentare, pudiendo hacerlo, cuando tenga la obligación de efectuar su incorporación, será castigado, como desertor, con la pena de uno a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo*”. Al igual que ocurre con el abandono de destino en los casos de conflicto armado o estado de sitio, la pena se verá agravada hasta la prisión de cinco a quince años.

También tienen cabida los llamados “*Quebrantamientos especiales del deber de presencia*”, que se prevén en el artículo 58, si bien lo hacen considerando dos conductas típicas diferentes. La primera, cuando el militar “*se ausentare o no se presentare*

Militar en el Derecho comparado”, *Revista general de derecho*, núm. 568-569, pp. 335-361 y DONAYRE MONTESINOS, C. (2004), “La justicia militar en el Derecho comparado en general y en América Latina en particular. Algunos elementos a tomar en cuenta para determinar la fórmula aplicable en el Perú”, *Derecho y Cambio Social*, núm. 1. Destaca por los numerosos antecedentes de derecho comparado allí recogidos, GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ, M. (1975), “La extensión de la jurisdicción militar en el Derecho Comparado”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núm. 2 y 3, pp. 349 y ss.

4 RIAL, J. (2007), “*Justicia Militar. Entre la reforma y la permanencia*”, RESDAL (Red de Seguridad y Defensa de América Latina), Buenos Aires, p. 43 También en Proyecto de Investigación “*Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos*”. Informe Final, (2007), RESDAL, coordinador Gustavo Fabián Castro y Dolores Bermeo Lara, p.13.

debiendo hacerlo, incumpliendo la normativa vigente, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuera la duración de la ausencia”, en cuyo caso será castigado con la pena de cuatro a diez años de prisión. Si el hecho tuviere lugar en circunstancias críticas, se impondrá la pena menor que la recogida en el tipo básico: prisión de seis meses a tres años.

La segunda, cuando el militar “*se quedare en tierra, incumpliendo la normativa vigente, a la salida del buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte*”, con una pena de tres meses y un día a seis meses de prisión, con la consiguiente agravación a una pena de prisión de seis meses a seis años para los casos de conflicto armado o estado de sitio.

En el análisis de los distintos códigos penales militares se observará como, con frecuencia, en la regulación pormenorizada de los tipos se hace alusión directa y expresa a las circunstancias atenuantes y agravantes que permiten atenuar o agravar la pena, respectivamente. En el CPM, con algunas excepciones previstas en el artículo 10, el régimen de circunstancias modificativas de la penalidad aplicable es el del propio código penal común. Así, por la cláusula de complementariedad del artículo 1.2 del CPM, se aplican plenamente las circunstancias genéricas de la ley penal común, previstas en los artículos 21 y 22 del mismo.

Para finalizar este epígrafe, cabría recordar como el derecho histórico ha ido

consolidando, respecto de estos delitos, dos sistemas ya referenciados. En el subjetivista, que será el primero en ser analizado, el abandono de destino y la desertión comparten similitudes respecto de la acción típica, y la verdadera diferencia sustancial recae en el sujeto activo del delito. Solamente las clases de tropa podrán cometer el delito de desertión, mientras que los oficiales, e incluso suboficiales en algunos casos, podrán cometer el delito de abandono de destino.

En la postura objetivista, el sujeto activo no es un elemento típico diferenciador, sino que se verá englobado bajo un término más genérico de “*el militar*” y donde sí que habrá diferencias notables será en la estructura típica. En esencia, una nota que ha caracterizado al delito de desertión desde la compilación justiniana, es la presencia de un elemento subjetivo del tipo del injusto: el ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares.

2. POSTURA SUBJETIVISTA

2.1. Chile: Decreto 2226 de 19 de diciembre de 1944

El código penal militar chileno, aprobado por el Decreto citado, regula dentro del Título V, bajo la rúbrica “*De los delitos contra los deberes y el honor militar*”, el delito de abandono de destino o residencia⁵. Lo hace en los artículos 308 y siguientes. El tipo básico prevé que comete el delito de

5 Respecto de la base constitucional del Derecho penal militar chileno, CEA CIENFUEGOS, S. (2009), “La Justicia Militar de Chile”, *Ars Boni et Aequi*, núm. 5, pp. 251-267. En relación a los motivos para la reforma, véase DÍAZ TOLOSA, R.I. (2007), “Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Palamara Iribarne vs. Chile, 22 de noviembre de 2005: Reforma de la justicia militar chilena a la luz de las consideraciones del fallo Palamara”, *Revista chilena de derecho*, Vol. 34, núm. 1, pp. 139-151 y ARAYA ESCOBAR, C. (2016), “Bases jurídicas del nuevo Código de Justicia Militar de Chile”, *El Jurista del Fuero*

abandono de destino o residencia, “*el Oficial que se encontrare en alguno de los casos siguientes*”:

- 1° Que deje de presentarse dentro de cuatro días, transcurridos los plazos reglamentarios, al puesto a que haya sido destinado.
- 2° Que, sin la debida autorización, faltare cuatro días consecutivos del lugar donde tuviere su destino o residencia.
- 3° Que, transitando por actos del servicio, no se presentare a los superiores respectivos, dentro de los cuatro días siguientes a la fecha que corresponda según los reglamentos, o a la que se le hubiere señalado para ese efecto en guía o itinerario especial.
- 4° Que, habiendo obtenido licencia, no se presentare en el lugar de su destino o residencia dentro de cuatro días contados desde la fecha en que haya expirado el plazo de ella, o desde la fecha en que tuviere noticia de haberse dejado sin efecto esa licencia.

El código chileno sigue la línea del derecho histórico, ya analizado, en la que sólo el oficial puede cometer el delito de abandono de destino o residencia, mientras que los Suboficiales y la Tropa cometerían, llevando a cabo la misma acción típica, el delito de deserción. Dos características pueden resaltarse de este tipo básico. La primera, el de tiempo de ausencia injustificada es de cuatro días, frente a los tres del artículo 56

del CPM. La segunda, que las acciones de no presentarse, dejar de presentarse o faltar al destino o residencia deben tener lugar en desacuerdo con los plazos reglamentarios que se fijan o, en algún caso, sin la “*debida autorización*”. Es, por tanto, una norma penal en blanco que deberá remitirse a la norma administrativa que fije esos plazos de incorporación o las licencias o permisos a los que el sujeto activo pueda acogerse.

Al igual que en nuestro derecho histórico, el código chileno regula, pormenorizadamente, algunas cuestiones penales con carácter específico y aplicables a este delito en concreto. Así ocurre, por ejemplo, con el listado que el artículo 309 hace de las circunstancias agravantes. Desde “*llevarse el culpable armas, ganado, equipo, vestuario u otro objeto de propiedad del Estado y afecto al servicio militar, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan si este hecho constituye un delito especial*”, hasta “*traspasar, sin la autorización competente, las fronteras del país de su destino o residencia, sea que el culpable preste sus servicios en Chile o en el extranjero*”, pasando por la comisión del delito en concierto con dos o más oficiales o perpetrarlo estando arrestado.

De estas agravantes, en mi opinión, destaca la de “*transcurrir sesenta días desde la consumación del delito, sin hacer su presentación a las autoridades competentes*”. Esta circunstancia se podría asimilar de algún modo a una intención del oficial de no incorporarse a su destino. Así, mientras

Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, núm. 7, pp. 113-122. Igualmente, Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”. Informe Final, (2007), RESDAL, pp. 27-28 y VAN DE WYNGARD M., J. (2006), “La reforma de la justicia militar chilena”, *Ars Boni et Aequi*, núm. 2, pp. 87-94.

que en el artículo 57 de nuestro CPM se reseña el elemento subjetivo del injusto del “ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones” para entender consumado el delito de desertión, en el derecho chileno se objetiva esta posible intención fijando un periodo más que suficiente para que el oficial haya podido poner fin a su situación de ausencia: sesenta días.

En relación con la pena que se puede imponer a estos delitos, el artículo 310 distingue, al igual que el artículo 56 del CPM, que el delito se haya cometido en tiempo de guerra, en cuyo caso se impondrá la pena de “*presidio militar perpetuo, si el delito se cometiere frente al enemigo; y con la de presidio militar mayor en su grado medio a presidio militar mayor en su grado máximo en los demás casos*”. En tiempo de paz, la pena será “*reclusión militar menor en cualquiera de sus grados, o con la pérdida del estado militar, o con ambas a la vez, según las circunstancias*”. Para la fijación de las penas, se remite al artículo 21 y siguientes del CP común, vigente, que data de 12 de noviembre de 1874. En cambio, respecto a la pérdida de estado militar, el artículo 277 del CPM chileno dispone que “*producirá el retiro absoluto de la institución y la incapacidad absoluta para recuperar la calidad de militar*”. Sin perjuicio de las penas accesorias, en tiempo de guerra se aplicará la degradación.

Como ya he apuntado, el código chileno hace uso del sistema subjetivo personalista que ha abundado en el derecho histórico, por el que la desertión y el abandono de destino o residencia supondrían la misma acción típica, sólo que la diferencia estibaría en que el sujeto activo del primero, será la tropa y, el segundo, quedará reservado a los oficiales. El artículo 314 establece que comete desertión el “*individuo de tropa o*

de tripulación” que se halle comprendido en alguno de los casos siguientes:

- 1° Haber faltado a ocho listas consecutivas; tratándose de Carabineros, haber faltado cuatro días.
- 2° Haber faltado a tres listas consecutivas o dos días respecto de Carabineros y ser aprehendido a cuarenta kilómetros o más del lugar o plaza de su destino o residencia, o del punto donde se encontrase acampado transitoriamente el cuerpo a que pertenezca.
- 3° El que, siendo cambiado de residencia o cuerpo, no se presentare al superior respectivo de su nuevo destino o residencia, cuatro días después de la fecha que se le hubiere señalado para ese efecto.
- 4° El que, habiendo obtenido licencia, no se presentare a su cuerpo dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que expirare su permiso.

Del análisis de este precepto se puede concluir que los periodos de ausencia varían según las situaciones y del cuerpo de pertenencia del infractor. Oscilan entre los ocho y dos días, pero conviene destacar que en situaciones de normalidad, el periodo de ausencia es de ocho días consecutivos. Estos plazos se fijan para los supuestos de paz, pero en tiempo de guerra, tanto los plazos como las distancias se reducirán a la mitad, según el artículo 315; es decir, fijando un criterio de comparación con nuestro CPM, el periodo de ausencia mínimo del artículo 56 de tres días es inferior al periodo de ausencia mínimo que se prevé en la ley militar chilena para el caso en el que delito se cometa en tiempo de guerra. Además, el artículo 319 incluye una cláusula que permite la reducción de la pena en un grado y es cuando el culpable se presente “*voluntariamente a*

su cuerpo u otra autoridad militar dentro de quince días desde la fecha en que la deserción quedó consumada”.

Siguiendo la herencia histórica ya referida, los artículos 316 y siguientes diferencian entre deserción simple y calificada, con penalidades diferentes según se cometa en tiempo de paz o de guerra, según los artículos 317, 318 y 320. Será simple, conforme al artículo 316, aquella que no es cualificada, es decir en la que no concurren ninguna de las siguientes circunstancias: cometer el delito con escalamiento; hallándose en prisión preventiva, arrestado o detenido; llevándose armamento, ganado, equipo, vestuario u otro objeto de propiedad del Estado y afecto al servicio militar; hallándose de servicio; desertando al extranjero o mediando conciergo.

La degradación de estas conductas al ámbito disciplinario viene recogida en el artículo 325 al disponer que *“los individuos de tropa y de tripulación que, sin consumir deserción, faltaren a una o más listas, quedarán sujetos a los castigos disciplinarios que indiquen los respectivos reglamentos”*. Así, el artículo 76.5 del reglamento disciplinario de 14 de diciembre de 1951 dispone que será falta disciplinaria: *“Permanecer arbitrariamente fuera del servicio o excederse en un permiso, siempre que ello no alcance a constituir deserción, abandono de servicio o abandono de destino o residencia”*. Por tanto, en condiciones de normalidad, menos de ochos días de ausencia, será considerado como falta disciplinaria.

2.2 El Salvador: Decreto Legislativo 562, de 5 de mayo de 1964

Este código distingue en su regulación el delito de abandono de destino o residencia del delito de deserción, pero no al estilo

de los antiguos artículos 119 y 120 de CPM de 1985 y de los actuales artículos 56 y 57 del CPM vigente, sino de la histórica diferenciación subjetivista por la cual la deserción sólo puede ser cometida por la tropa y el abandono de destino o residencia por los oficiales.

Los artículos 133 y 134 se ocupan del abandono de destino o residencia. Se le reserva una pena de reclusión de uno a tres años en tiempo de paz, incrementándose la pena, de manera notoria, para los supuestos de guerra internacional, en cuyo caso la prisión será de diez a quince años. Los supuestos pueden ser sistematizados en tres grupos. El primero se correspondería con los supuestos clásicos del abandono de destino o residencia, con fijación de un plazo de consumación temporal. Así, lo cometería el oficial que falta del lugar de su destino o residencia sin autorización superior por un periodo de tres días continuos o cuando no se presentaran cuarenta y ocho horas después de vencida la licencia temporal que le correspondiera.

El segundo grupo haría referencia a los quebrantamientos especiales del deber de presencia, donde se incluirían tres supuestos: cuando no llegan al punto de su destino; regresan después de emprendida una marcha o se desvían del derrotero que en su pasaporte se les señaló como indispensable, haciéndolo sin orden correspondiente y sin motivo justificado; cuando estando en marcha las fuerzas a que pertenecen, se queden en las poblaciones sin el correspondiente permiso o cuando perteneciendo a la tripulación de un buque o de una aeronave, se quedaren en tierra, sin causa legítima, al zarpar aquéllos y, por último, cuando hubieren recibido orden de marcha y, sin impedimento legal alguno, no la

emprendieren inmediatamente después de las cuarenta y ocho horas siguientes.

El tercer grupo vendría integrado, únicamente, por el supuesto, ya repetido en otros códigos iberoamericanos, del abandono o deserción del prisionero de guerra al recobrar su libertad. En concreto, dispone el ordinal 6º de este artículo 133 que cometerá deserción el oficial que *“cuando recobren su libertad como prisioneros de guerra internacional y no se presenten, sin causa justificada, a cualquier autoridad militar de la República en el plazo de cinco días contados desde su ingreso al territorio nacional, o a las autoridades diplomáticas o consulares salvadoreñas si se hallare en el extranjero”*.

El artículo 134, sin parangón en otros códigos del entorno, sanciona el abandono de servicio, destino o residencia cometido por *“personas civiles al servicio de la Fuerza Armada”*, imponiéndoles la mitad de la pena prevista en el artículo anterior.

El artículo 135 y siguientes regulan la deserción que, como ya he dicho, sólo podrá ser cometida por la tropa *“durante el tiempo de servicio militar obligatorio”*. El esquema de la deserción es el tantas veces repetido en los códigos militares sudamericanos: la deserción simple y la calificada por la concurrencia de alguna agravante; una penalidad que varía en tiempo de paz o en tiempo de guerra junto a la consiguiente modificación de los plazos de consumación y la inclusión del tradicional complot para delinquir.

En lo que atañe a la deserción simple, los artículos 135 y 136 contemplan varios supuestos. Los recogidos en el primero de los preceptos hacen referencia a supuestos de normalidad administrativa del personal de tropa, mientras que los del artículo 137 se refieren a supuestos de movilización

nacional o a la deserción del prisionero de guerra. Los supuestos ordinarios desde la perspectiva de la situación administrativa de personal son los siguientes:

- a) Faltare arbitrariamente a las listas de retreta por tres días consecutivos en tiempo de paz, o por cuarenta y ocho horas, en tiempo de guerra internacional.
- b) Excederse por tres días consecutivos en tiempo de paz o por cuarenta y ocho horas en tiempo de guerra internacional, sin causa justificada, de una licencia temporal.
- c) Cuando después de faltar por dos días consecutivos a la lista de retreta, se le encontrare fuera del lugar de su destino y a distancia que evidencie el propósito de abandonar las filas.
- d) Cuando se hallare disfrazado u oculto a bordo de embarcaciones o aeronaves prontas a zarpar.
- e) Cuando estando en marcha las fuerzas a que pertenciere o en el momento de zarpar el buque o aeronave de cuya dotación forme parte, no se incorpore a ella o se quede en tierra sin tener el correspondiente permiso o por motivos que no sean legítimos.

Como ya se ha dicho, los casos del artículo 137 se relacionan con las leyes de movilización nacional. Así, el militar o reservista que *“en caso de guerra internacional o de movilización”* no se presentare en el tiempo y en el lugar que señale la orden respectiva o las personas que se hayan citado para su incorporación y no lo hicieran en un plazo de tres días. Para el caso de prisionero de guerra internacional, la deserción será cometida cuando, tras su liberación, no se presentare en un plazo de cinco días.

Frente a estos supuestos básicos, la desertión calificada será la que se cometa, según el artículo 138, en tiempo de guerra internacional hallándose o no frente a enemigo, cometerla frente a rebeldes o sediciosos, con escalamiento, llevándose material del ejército, utilizar nombre supuesto o disfraz o hallándose de servicio o cumpliendo sanción disciplinaria. La pena se incrementa según el supuesto concreto y podrá oscilar entre dos y quince años de prisión para los supuestos más graves.

Finalmente, el artículo 140 regula la ya tradicional figura del complot para la desertión, cuando *“cuatro o más individuos han consumado el delito de acuerdo y conjuntamente”* a quienes se les aplicará la pena normal incrementada en una tercera parte, pero pudiendo llegar a la pena de muerte o penas de prisión de quince a veinte años cuando el complot *“se verificare en operaciones frente al enemigo, o en tiempo de guerra internacional”*.

3. POSTURA OBJETIVISTA

La postura subjetivista, a pesar de su herencia histórica, ha sido poco acogida en el derecho sudamericano, incluso teniendo en cuenta las fechas de publicación de los diferentes códigos penales militares. La gran mayoría de los países han acogido la tesis por la cual desertión y abandono de destino son diferentes categorías típicas, delitos con características diferentes

a pesar de que el bien jurídico protegido sea el mismo: la plena disponibilidad del militar.

A los efectos de sistematizar este epígrafe, se dividirá en las siguientes secciones. En primer lugar, con los apuntes referentes a los dos códigos penales militares vigentes más antiguos: el mejicano de 1933 y el paraguayo de 1943. En segundo lugar, los códigos que se promulgaron desde finales de los años sesenta, el brasileño de 1969, hasta finales de los noventa con el ejemplo significativo del código venezolano de 1998. En tercer lugar, conviene hacer referencia aparte a dos códigos en los que se recoge tanto el foro militar como el policial: Colombia y Perú, ambos de 2010; y, finalmente, el código nicaragüense como el más moderno de los que sostiene la postura objetivista dentro de un código específico castrense.

3.1 Los códigos penales militares vigentes más antiguos: Méjico y Uruguay

3.1.1. El código penal militar mejicano de 31 de agosto de 1933.

En relación a Méjico, los delitos de abandono de destino y de desertión vienen regulados en el código penal militar mejicano de 31 de agosto de 1933, en los artículos 255 y siguientes⁶. Se mantienen las categorías tradicionales pero, en este caso,

6 Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”. Informe Final, (2007), RESDAL, p. 32. Respecto a las aportaciones bibliográficas más señaladas, Vid. CARLOS ESPINOSA, A. (2005), “El sistema de justicia militar mexicano: consideraciones actuales y reflexiones sobre su replanteamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. Extra 1, pp. 37-88 y MILLÁN GARRIDO, A. (2004), “Derecho Militar Mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 242, pp. 358-362.

la deserción podrá ser cometida tanto por oficiales como por la tropa.

Los supuestos básicos son los siguientes:

- 1º. Cuando faltaren sin motivo legítimo a la revista de administración y no se presenten a justificar, dentro de las veinticuatro horas siguientes.
- 2º. Cuando faltaren sin impedimento justificado por tres días consecutivos a las listas de diana y retreta de las fuerzas a que pertenezcan o a las dependencias de que formen parte.
- 3º. Cuando tratándose de marineros, se quedaren en tierra a la salida del buque a que pertenezcan, siempre que tuvieran oportuno conocimiento de ella, o faltaren por tres días consecutivos a bordo del barco.
- 4º. Cuando se separen sin permiso del superior que tenga facultad para concederlo, una noche del campamento o guarnición en que se hallen, o se separen en tiempo de paz, a más de veinte kilómetros de distancia del campamento, cuarenta de la guarnición, o quince del puerto en donde esté el barco a que pertenezcan; y en campaña, a cualquiera distancia de la plaza, buque o punto militar.

El plazo de ausencia en el supuesto básico es de tres días consecutivos, al igual que en el artículo 56 del CPM. Se mantiene una penalidad distinta según el delito se cometa en tiempo de paz o en tiempo de guerra, conforme al artículo 256. Se fija la pena en relación a la presentación voluntaria del desertor, antes o después de ocho días, o la detención del mismo, si bien sólo serán penas de prisión leves que irán desde los dos a los seis meses, pudiendo llegar a ocho meses

en los casos que, según el artículo 257, el desertor acumulara varias condenas por el mismo delito.

Para los “*sargentos y cabos*”, la deserción supone penas de prisión con la suspensión de empleo por el tiempo de la condena, excepto en el caso en el que haya sido aprehendido, se les impondrá además la destitución de empleo.

Aunque expresamente no se indique, éstos son los supuestos de la deserción simple, mientras que la cualificada se prevé en los artículos 260 y siguientes. La pena, evidentemente, será superior alcanzando el año o los dos años cuando la deserción se efectúe estando el infractor de servicio. La elevación de las penas también está prevista para los supuestos del artículo 261 por ejemplo, la deserción de la “*escolta de prisioneros, detenidos o presos*”, estando de guardia, llevándose el fusil, carabina, pistola o sable, estando de centinela o el tradicional escalamiento.

En relación a la deserción de los oficiales, los artículos 267 y 269 desarrollan los diferentes supuestos, muy pormenorizados; pero conviene reseñar que el supuesto básico, al que igual para la tropa, se sitúa en un plazo de tres días. Todos esos casos podrán ser condenados con pena de prisión y /o destitución de empleo, según el artículo 270.

3.1.2. El código penal militar uruguayo de 28 de enero de 1943.

Por su parte, el código penal militar uruguayo de 28 de enero de 1943 prevé el delito de deserción en los artículos 43 y siguientes. Distingue la deserción simple de la cualificada y podrá ser cometida, indistintamente, por oficiales o por la tropa.

Para estos últimos, el artículo 48 recoge los siguientes supuestos:

- 1°. El que, habiendo tenido licencia, no se presente en el término de 144 horas, a partir de la lectura de la lista en que se patentiza su inasistencia.
- 2°. El individuo de tropa que fuera hallado a más de 20 kilómetros del lugar de su destacamento, o a una distancia menor, pero en este último caso, vestido de paisano, pasadas 72 horas, del vencimiento de la licencia, a partir de la lectura de la lista, en que se patentiza su inasistencia.
- 3°. El individuo de tropa que fuese hallado disfrazado u oculto a bordo de embarcaciones, ferrocarriles, vehículos, momentos antes de que las fuerzas a que perteneciera, debieran emprender la marcha, o sin que mediare esta circunstancia, pero en condiciones tales que su presencia en ese lugar, sólo pudiera explicarse por el propósito de huir.
- 4°. El individuo de tropa que hallándose privado de su libertad, se evadiera sin violencia real ni personal.

Para los oficiales, el artículo 49 prevé que la deserción simple podrá ser englobada en alguna de estas conductas: hallándose con licencia, no asuma el servicio dentro de los 15 días de vencido el término de aquella; hallándose en servicio, no se encontrara en su puesto, vencidas las 48 horas, a partir del término que se le acordó para ello; hallándose en disponibilidad y habiendo sido emplazado, dejara vencer, sin presentarse, el término del emplazamiento; habiendo caído prisionero, recobrar su libertad y dejara transcurrir 30 días sin presentarse, a partir del vencimiento del término que se

requiere, racionalmente, para su incorporación, sin causa justificada y, por último, hallándose frente al enemigo, ultrapase las líneas señaladas para la acción militar y hallándose privado de su libertad, se evadiera, sin violencia real o personal.

En relación a las penas que se pueden imponer, los artículos mencionados no contemplan una pena para cada tipo. Hay que acudir a las disposiciones generales del código. En concreto, el artículo 18 distingue cuatro tipos de penas: la penitenciaria, la prisión, la inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos y derechos políticos, comerciales o industriales y la pérdida del estado militar. Según el artículo 21, la primera durará de 2 a 30 años; la segunda, de 3 meses a 2 años y la tercera, de 2 a 10 años. La pérdida de estado militar, según el artículo 24, consiste en la “*separación absoluta del Ejército y la Marina, complementada por la imposibilidad de obtener su reingreso*”.

Por último, en relación a la deserción calificada, el artículo 53 la define con las tradicionales circunstancias de concierto de cuatro o más militares, de uso de violencia real o personal, con sustracción, destrucción u ocultación de municiones de guerra, de boca o elementos de movilización del Ejército o la Marina o cuando se lleve a cabo en tiempo de guerra cualesquiera fueren las circunstancias.

3.2 La codificación penal militar del último tercio del siglo XX

3.2.1. El Decreto Ley 1001, de 21 de octubre de 1969, de Brasil.

Empezando por el derecho penal militar brasileño, la deserción viene recogida en los artículos 187 y siguientes del Decreto

Ley 1001, de 21 de octubre de 1969⁷. El tipo básico de este artículo prevé que el militar que sin permiso se ausenta de la unidad en la que sirve o del lugar en el que debe permanecer por un periodo de más de ocho días se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, siendo esta pena agravada si el sujeto activo es un oficial. Se incluyen, igualmente, en el artículo 188 otros supuestos ya tradicionales como el no incorporarse dentro de los ocho días al de finalización de un permiso, licencia, comisión de servicio o tras la declaración de estado de sitio o de guerra. Pero destaca la legislación brasileña por incluir entre los supuestos de deserción dos, cuando menos, curiosos. El primero es el del desertor que ya ha cumplido la pena de prisión, quien tendrá que incorporarse en el término de ocho días tras la finalización de la misma. El segundo es que se incluye como modalidad de deserción el conseguir la exclusión del servicio activo, simulando una incapacidad.

Se consagra la atenuación de la pena cuando el desertor se presenta en un periodo de ocho días, en cuyo caso se reducirá a la mitad. La reducción será de un tercio cuando la presentación voluntaria se produzca entre los ochos y los sesenta días tras la consumación del delito. El artículo 189, además de esta atenuación, contempla la agravación específica para el supuesto en el que la deserción se perfeccione en unidad desplazada en la frontera o en país extranjero.

La Ley 9764, de 18 de diciembre de 1998, reformó el artículo 190 del código. En éste se regulan lo que en el CPM son los

quebrantamientos especiales del deber de presencia, para el militar que dejare de presentarse a la partida de buque o aeronave. Las penas de prisión variarán según que la presentación se haya hecho en un periodo de tiempo determinado, que oscila entre la prisión de dos a ocho meses si se hace entre las veinticuatro horas siguientes y el quinto día; de tres meses a un año, entre cinco y ocho días y de seis meses a dos años, si la presentación se hace en periodo superior al octavo día.

Finalmente, la legislación brasileña contempla el concierto para desertar en el artículo 191 con una pena de tres meses a un año si la deserción llega a consumarse o de dos a cuatro años, en el caso contrario. El favorecimiento también se contempla en el artículo 193, aunque se prevé la exención de parentesco. Por otro lado, el oficial que deje de proceder contra un desertor sabiendo o debiendo saber dónde se encuentra, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

Como peculiaridad de esta normativa, el artículo 192 regula como supuesto de deserción lo que en nuestra legislación sería un quebrantamiento de condena. Así, la evasión mientras se está cumpliendo la pena de prisión permaneciendo ausente más de ocho días será castigada con pena de seis meses a dos años de prisión.

3.2.2. El código penal boliviano: Decreto Ley N° 13321 de 22 de enero de 1976.

La deserción en el derecho penal boliviano viene prevista en los artículos 125 y siguientes del Decreto Ley N° 13321 de 22

7 Proyecto de Investigación "Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos". Informe Final, (2007), RESDAL, p. 26.

de enero de 1976, por el que se aprueba su código penal militar⁸. Lo primero que se debe destacar es que mezcla los términos abandono de servicio y desertión a lo largo del articulado y que no mantiene la tesis subjetivista, es decir, cualquier militar podrá cometer los delitos que a continuación describo.

El tipo básico se obra, como digo, en el artículo 125 y, bajo el título “Abandono de servicio en época de paz,” sanciona al *“militar que dolosamente haga abandono absoluto del servicio durante cinco días o más, continuos, en tiempo de paz”*, imponiéndole una pena de cuatro años si el autor es General, tres si es oficial superior, dos si es oficial subalterno y uno para el resto de clases. Frente a este tipo básico, se añaden, en el artículo 126, tres conductas típicas en las que se mantendrán las mismas penas, en concreto, la falta de incorporación tras una licencia o comisión, la falta de presentación en el nuevo destino o la demora en la reincorporación.

Respecto de las penas, quizás la nota más significativa es que todas aquellas que se impongan por la comisión de una desertión en tiempo de paz, llevarán obligatoriamente consigo la baja definitiva en las Fuerzas Armadas, según el artículo 127.

En lo que atañe a la desertión en tiempo de guerra, los supuestos están previstos en los artículos 129 y 130. En el primero, se trae a colación el tipo básico, pero con los plazos reducidos a tres días y las penas se duplicarán. En el segundo, también prevé la duplicación de las penas en los casos más graves, como la desertión frente al enemigo

o en distintas circunstancias propias de la campaña.

Ello sin perjuicio de la existencia de agravantes específicas, las del artículo 135, que implicarán el aumento de la pena en un tercio. Entre otras, destaca la de cometer el delito estando de centinela, de guardia, en acuartelamiento o en cualquier otro acto de servicio, escalamiento, llevar consigo dineros y valores del Estado, armas, municiones, vehículos, instrumentos u otros materiales o implementos de las Fuerzas Armadas, la confabulación de tres o más personas o el ser comandante o instructor de oficiales o tropas.

Obviamente, en estos casos las penas se duplican, pero, además, respecto de las penas accesorias se aplicará la degradación, según el artículo 131. Otra curiosidad de este Código es que se permite postergar la pena impuesta por desertión a la finalización de la contienda bélica.

Por último, y como curiosidad de este régimen, cabe la tentativa de desertión, a la que se le impondrá la misma pena que el delito consumado, según el artículo 134. Se mantiene la reducción de la pena en el caso de que el desertor se presente voluntariamente en un plazo de treinta días siguientes a la consumación, según el artículo 136 y, de la misma manera que en otros códigos penales iberoamericanos, se deja abierta la posibilidad de que cualquier persona pueda inducir o auxiliar a un militar para cometer desertión, siendo sancionado con la tercera parte de la pena correspondiente a éste, si es civil, y con la mitad, si es militar.

8 Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”. Informe Final, (2007), RESDAL, p.14- 45 y 25-26.

3.2.3. El código penal militar de Paraguay, de 18 de diciembre de 1980.

El código penal militar paraguayo se aprobó el 18 de diciembre de 1980 y regula la deserción en los artículos 145 y siguientes. Distingue el artículo 145 los supuestos en tiempo de paz, reservado para el individuo de tropa que *“haya faltado consecutivamente a tres listas de revista o cuando se excediere en más de cinco días en goce de una licencia temporal”* de los supuestos en tiempo de guerra. Éstos recogidos en el artículo 146 incluyen las siguientes conductas: faltar consecutivamente a tres listas ordinarias, ser detenido sin el correspondiente pase y no presentarse dentro de las veinticuatro horas después de terminarse su licencia⁹.

Los artículos 148 y 149 contienen una serie de atenuantes y agravantes específicas, sin perjuicio de las genéricas previstas en la ley penal militar. Entre las agravantes se repiten algunas de las ya mencionadas en otros códigos penales militares como la proximidad de fuerzas enemigas, la importancia del puesto abandonado, el llevarse armas o municiones o el escalamiento.

Al igual que en otros ordenamientos de países de su entorno, se prevé la primera y la segunda deserción. Así, el artículo 150 remite la primera de ellas y en tiempo de paz al ámbito disciplinario, mientras que la segunda se castigará con un año de prisión. El artículo 151 para los supuestos de guerra, las penas oscilan desde la pena de muerte hasta un año de prisión, dependiendo de los supuestos.

El Código no diferencia el abandono de destino y la deserción por razón del sujeto, sino que tanto oficiales como tropa podrán ser sujetos activos del delito. Lo curioso es que los plazos de tiempo se aumentan para los oficiales y, por ello, según el artículo 152, podrán cometer deserción cuando *“se hayan ausentado sin autorización por cinco días del cuerpo, destacamento o establecimiento militar a que pertenecen”* y *“cuando excedieren por más de tres días en el goce de una licencia temporal”*. Para las deserciones en tiempo de guerra, los supuestos serán los mismos para ambos, en virtud del artículo 153. En relación a las penas, los oficiales desertores tendrán reservada la pena de prisión de un año, en tiempo de paz, y la de muerte, en tiempo de guerra, según disponen los artículos 154 y 155.

Por tanto, como nota característica del derecho paraguayo, se destaca como la consideración del sujeto activo del delito que puede implicar una modificación de la estructura típica, manteniéndose la misma acción, con la consiguiente pena incrementada. Por ello, la regulación sólo prevé un único *“nomen iuris”*, el de deserción y bajo su denominación se incluyen todos los quebrantamientos del deber de presencia del militar. Otro aspecto que no debe pasar desapercibido es que el periodo de consumación de la ausencia para las clases de tropa es el mismo tanto para tiempo de paz como para conflicto armado: un periodo de tres días.

9 Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”. Informe Final, (2007), RESDAL, p. 33-34. Igualmente, CENTURIÓN ORTIZ, R.F. (2004), *Justicia militar. Una aproximación al derecho penal militar paraguayo*, Ed. Servilibro. Asunción.

3.2.4. Venezuela: el Código Orgánico de 17 de septiembre de 1998.

El Código Orgánico de Justicia Militar venezolano, publicado en la Gaceta Oficial N° 5263 Extraordinario de fecha 17 de septiembre de 1998, regula el delito de desertión en el artículo 523 y siguientes¹⁰. Según este primer precepto, comete delito de desertión el militar que “*se separe ilegalmente del servicio activo; y para su determinación será suficiente que de los actos practicados se desprenda la intención de cometer el delito*”. En principio, el sujeto activo no distingue entre oficiales y suboficiales, pero los artículos 524 y 527 establecen una serie de presunciones que afectan, respectivamente, a los oficiales y a la tropa. Todo ello sin perjuicio de la inclusión, en el artículo 529, de la desertión del prisionero de guerra que no se presentare a las autoridades después de haber recobrado su libertad¹¹.

Así, el artículo 524, para tiempo de paz, considera que la desertión se presume cometida, salvo suficiente justificación, en los siguientes casos: cuando no se presentaren a ocupar sus empleos dentro de los seis días siguientes al plazo que le hubiere sido fijado por la superioridad, cuando falten seis días consecutivos del lugar donde la superioridad le hubiere fijado su residencia, cuando en acto de servicio no se presenten a sus superiores dentro de los seis días siguientes a la fecha que les hubieren señalado en el itinerario, cuando no se presenten a ocupar su puesto seis días después de haber

terminado su permiso o de haber tenido conocimiento de la caducidad de aquél o, en el caso de aquellos que se hallen en situación de disponibilidad o perteneciendo a las reservas, concurran al servicio seis días después de la notificación.

Estas presunciones, aplicadas a la Tropa, se regulan en el artículo 527. Se caracterizan, fundamentalmente, porque los plazos de consumación están reducidos a la mitad respecto de los que se aplican a los oficiales. Así, reconoce este precepto los siguientes supuestos: dejar de presentarse al cuartel, buque o establecimiento militar o naval donde sirvan, o pasen ausentes de él, más de tres días de vencido el término de su permiso, faltar a las listas de ordenanzas por tres días consecutivos, se encontraren disfrazados, ocultos o a bordo de buques o naves aéreas prontas a partir, los que perteneciendo a un cuerpo o unidad en marcha o próxima a marchar, o a la tripulación de un buque listo para zarpar, se separen de las filas, falten a la lista o se queden en tierra, no presentarse los reservistas al lugar designado después de tres días de haber sido notificados, no presentarse los que fueran comisionados a otro lugar sin justa causa a la autoridad ante quien fuesen dirigidos, antes del sexto día después del fijado, o si no regresasen a su destino dentro del mismo término y, finalmente y respecto de llamados al servicio en las fuerzas activas, en tiempo de paz, no se presentarse dentro de los cinco días siguientes a las fechas y lugares

10 Con base en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 24 de marzo de 2000, fue objeto de modificación por la Ley de Reforma parcial del Código de Justicia Militar de 2 de septiembre de 1998.

11 Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”. Informe Final, (2007), RESDAL, p. 19, 41 y 42.

señalados por las autoridades competentes, salvo causa justificada debidamente comprobada y disposiciones especiales que dicte el Jefe del Ejército para el tiempo de guerra.

En relación a la penalidad, ésta variará según el sujeto activo del delito y si se comete en tiempo de paz o en tiempo de guerra. En este último supuesto, además del incremento notable de la pena, los plazos de consumación se reducirán a la mitad para cada una de las clases de personas que pueden cometerlo. Los artículos 525 y 526 prevén una pena de dos a cuatro años y separación de las Fuerzas Armadas, para tiempo de paz, y de cuatro a ocho años y expulsión de los ejércitos, en tiempo de guerra, para los oficiales. Para la tropa, en cambio, la pena es de seis meses a dos años, en tiempo de paz, y prisión de dos a seis años, en tiempo de guerra.

Es decir, teniendo los oficiales un periodo de consumación mayor que la tropa, tendrán mayores penas, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, y, en todo caso, llevarán aparejada la expulsión de las Fuerzas Armadas. La tropa, con plazos de consumación menores, tiene igualmente menores penas de prisión.

Sin perjuicio de la aplicación del régimen general de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, de las comunes que son aplicables a todos los

delitos militares del código, el artículo 530 presenta, como se ha visto en muchos códigos iberoamericanos, un catálogo de circunstancias agravantes específicas aplicable sólo a la desertión.

Se mantienen muchas de las ya tradicionales en este sentido: desde la desertión en país extranjero, el escalamiento, el complot, el llevarse material, armas o munición hasta desertar estando cumpliendo un castigo disciplinario o estando de servicio, entre otras.

Finamente, se consagra la atenuación específica de presentarse voluntariamente. En este caso, el periodo será de veinte días siguientes a la consumación del delito, reduciéndose la pena a la mitad. La inducción a la desertión, bien sea de civil como de militar, se castigará de uno a dos años, en tiempo de paz y de dos a seis, en tiempo de guerra.

3.3. Los códigos penales militares con fuero militar y policial: Colombia y Perú.

El Código Penal Militar colombiano ha sido aprobado por la Ley 1407 de 17 de agosto de 2010. Distingue, a diferencia de la regulación de otros países, el delito de abandono de servicio de la desertión en secciones diferentes¹². Así, el primero viene regulado en los artículos 107 y 108, mientras

12 Proyecto de Investigación "Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos". Informe Final, (2007), RESDAL, p. 27. CHUMBERIZA JUAREZ, S. (2012), "La aplicación de la condena condicional y las reglas de conducta en los delitos de desertión", *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 1, pp. 73-78 y TUMIALÁN PINTO, I. y NEYRA NEYRA, M. (2012), "El delito de desertión y la libertad personal", *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 1, pp. 105-108.

que los artículos 109 y siguientes se ocupan del segundo, de la deserción¹³.

El abandono de servicio presenta diversa penalidad según se haya cometido por oficiales y suboficiales o por soldados voluntarios o profesionales, conllevando penas diferentes, aunque con un mismo plazo de consumación: cinco días. El artículo 107 establece que el sujeto activo podrá ser el oficial o suboficial de la Fuerza Pública, así como el personal equivalente de la Policía Nacional¹⁴. Es decir, el fuero colombiano es tanto militar como policial. La acción típica consistirá en abandonar los deberes propios del cargo durante cinco días o no presentarse tanto para el cumplimiento del servicio como tras haber expirado la licencia o permiso que estuviera disfrutando. La pena será de uno a tres años.

En cambio, para la tropa, el artículo 108 prevé un tipo genérico, sin plazo prefijado, para el supuesto en el que el soldado voluntario o profesional “*abandone los deberes propios del servicio en campaña, operaciones militares*”.

Se impondrá la pena de uno a tres años de prisión y reduciendo el límite máximo de ésta, es decir una pena de uno a dos años de prisión será la que se pueda imponer al soldado que se ausente de su unidad, “*en cumplimiento de actividades propias del servicio*” y sin permiso, por un periodo de más de cinco días o no se presentare en ese

mismo periodo después “*que se cumpla un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado*”.

Respecto de la deserción, el artículo 109 impone la pena de ocho meses a dos años de prisión a quien “*estando incorporado al servicio militar*” se ausentare sin permiso por más de cinco días consecutivos del lugar donde preste servicio, no se presentare en el mismo plazo tras la finalización de “*un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado*” o traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares. Recoge, igualmente, dos previsiones para los prisioneros de guerra que recobren su libertad en territorio nacional, con un plazo de cinco días de incorporación, o en territorio extranjero, dependiendo de que hayan regresado a Colombia, cinco días, o que permanezcan tras su libertad en territorio extranjero, treinta días.

Según el artículo 110, la pena se incrementará hasta la mitad cuando la deserción se cometa “*en tiempo de guerra o conmoción interior, o ante la proximidad de rebeldes o sediciosos*”, y hasta el doble en caso de que se cometa “*en tiempo de guerra exterior*”. Por su parte, el artículo 111, atenúa la

13 Respecto a los orígenes históricos del régimen disciplinario militar colombiano, MONTERO PERDOMO, D.Y. (2017), “Derecho disciplinario militar y derechos humanos en Colombia 2004-2014”, *Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 12, núm.1, pp. 39-41. En relación a la estructura de la jurisdicción militar, GÓMEZ VELÁSQUEZ, A. (2014), “The recent attempt at constitutional reform to Colombia’s military jurisdiction: Context, implications and perspectives for subsequent debates”, *Derecho Público*, núm. 33.

14 MEJÍA AZUERO, J.C. (2014), “El Fuero Penal Militar que necesita Colombia”, *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 4, pp. 89-98.

misma pena si hay una presentación voluntaria dentro de los ocho días siguientes a la consumación de la conducta.

Al igual que en Colombia, Perú presenta un modelo de fuero militar y policial según el Código Penal Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo 1094, de 1° de septiembre de 2010¹⁵ 31 agosto 2010. La desertión se regula en los artículos 105 y siguientes. Como características generales se podría aportar que no hay división entre oficiales y tropa, o miembros de la policía, a la hora de la comisión de delito, sí a la hora de imponer la pena y que contempla junto a los diferentes supuestos básicos de desertión una serie de agravaciones específicas. Incluye igualmente la desertión de prisioneros de guerra en el artículo 107¹⁶.

El artículo 105 se caracteriza también por no fijar un límite mínimo de la pena, y la cláusula legal se limita a imponer una pena privativa de libertad “no mayor de cuatro años”. A pesar de ello, hay una pequeña disfunción en lo que atañe a la pena, ya que al final de este precepto se establece que si el sujeto activo tiene grado técnico de suboficial u oficial de mar, la pena privativa de libertad estará entre dos y cinco años con la accesoria de inhabilitación. En el caso de

que sea oficial, la pena se situará entre los tres y los seis años con la misma accesoria¹⁷.

Los cuatro supuestos que se regulan incluyen conductas tradicionales del abandono de destino, del quebrantamiento especial del deber de presencia y de la propia desertión tal y como se regula en el artículo 57 del CPMP. Empezando por esta última, el artículo 105 considera que incurre en desertión el militar o el policía que “*sin autorización, y con el ánimo de sustraerse definitivamente del servicio, abandone su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial donde se encuentre desempeñando funciones militares o policiales*”. Como se puede apreciar, este primer supuesto se correlaciona con el artículo 57 del CPMP al exigir ese elemento subjetivo de injusto típico que es el ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares y, en este caso, policiales igualmente.

Pero también hay supuestos típicos del abandono de destino como el que “*hallándose de franco, con permiso o licencia no se presente a su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial al término del mismo*”. Es curioso como este código penal militar no fija el periodo de tiempo de la desertión para considerarla como delito sino

-
- 15 BRAVO MAXDEO, R. (2014), “Aproximación a una noción de derecho penal militar policial en el Perú”, *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 3, pp. 91-96.
- 16 ZEVALLOS PAREDES, L. (2012), “La Justicia Militar y su trascendencia en el Perú”, *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 1, pp. 133-140 y GILES FERRER, A.A. (2013), “Apuntes para un estudio acerca de la justicia militar en el Perú”, *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 2, pp. 89-98.
- 17 GILES FERRER, A.A. y AMPUERO BEGAZO, J.F. (2014), “Aplicación de la pena privativa de libertad efectiva en el delito de desertión simple: su fundamento en las teorías de la prevención general y de la responsabilidad”, *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, núm. 4, pp. 17-24.

para considerarlo como falta administrativa. Así, *“si cumpliera con presentarse dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de su franco, permiso o licencia, el hecho será reprimido como falta administrativa disciplinaria”*.

Se incluye, como quebrantamiento especial del deber de presencia, el supuesto de quien no se presenta a unidad *“estando por emprender la marcha, zarpar el buque o iniciar itinerario la aeronave a que pertenezca”* y, finalmente, el que no se presentare sin causa justificada a la comisión a que fue enviado o que, habiéndola cumplido, no regresara a su unidad de origen.

El artículo 106 regula la desertión agravada, por la concurrencia de alguna de estas cuatro circunstancias: que la desertión se comete estando de servicio, quebrantando castigo o detención; que se comete en país extranjero; durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario y, por último, cuando la desertión se comete llevándose armas o municiones. Las penas van de cuatro a ocho años de prisión con la accesoria de inhabilitación para los dos primeros supuestos, y de diez a quince, para los dos segundos, con la misma accesoria. Pero se agrava aún más cuando el autor es un oficial, aumentándose la pena en dos años.

3.4. El más moderno de los códigos objetivistas: el caso de Nicaragua

La Ley 566, de 5 de enero de 2006, por la que se aprueba el Código Penal Militar de Nicaragua, regula en los artículos 154 y siguientes el delito de desertión. Según el tipo básico, el militar que injustificadamente y por un periodo de quince días o más, se ausentare de su unidad de destino sin

autorización, no se presentare tras el vencimiento de autorización, permiso o licencia o no se presentare debiendo hacerlo en diversas circunstancias (comisión de servicio, puesta en libertad o alta hospitalaria) será castigado con una pena de uno a cinco años de prisión. El plazo de consumación se reduce drásticamente a cuarenta y ocho horas y la pena se eleva a prisión de dos a ocho años, cuando la desertión se comete *“en situaciones de conflicto armado, durante acciones combativas o si la unidad se encuentra en elevada o completa disposición combativa”*. Incluye una cláusula en este artículo que nos remite al elemento subjetivo de injusto característico de la desertión. Dispone, en este sentido, que *“si de las circunstancias en que el delito se ha cometido se derivara la clara intención de evadir definitivamente el servicio militar, el delito se considerará cometido, independientemente del término transcurrido”*, es decir que, si ese elemento subjetivo queda acreditado, será indiferente el periodo de consumación.

Vemos como el código nicaragüense invoca expresamente el adverbio modal *“injustificadamente”* que evoca la redacción del artículo 119 del CPM de 1985. Consecuente con ello, el artículo 155 regula aquellas causas que justificarán la conducta típica. Y lo hace de una manera no casuística sino, todo lo contrario, admitiendo un supuesto subjetivo y otro objetivo. El primero responde a una consideración genérica de todas aquellas *“razones veraces y convincentes que pueda dar el militar sobre el hecho cometido”*, dejando en manos del tribunal sentenciador la capacidad para apreciarlas *“humanamente”*. El segundo, limitado a tiempo de paz, se remite a la presentación espontánea dentro del plazo de quince días de la consumación del delito. En el primero no hay referencia a la pena; en el segundo,

se aplicará pena de los artículos 154 y 155, en su mitad inferior.

En el artículo 156 se regula el delito de ausencia sin permiso, al que se le reserva una pena de tres meses y un día a dos años de prisión, a quien, sin causa justificada, cometiere las mismas conductas del artículo 154. En situación de conflicto armado, durante acciones combativas o si la unidad está desplegada para el combate, este delito se cometerá cuando hayan transcurrido cuatro horas de ausencia, y se sanciona con una pena de seis meses a tres años de prisión.

Una de las disposiciones características del código nicaragüense que, casi no se encuentra en otros códigos de países de su entorno, es la posibilidad de sancionar penalmente la reiteración de infracciones disciplinarias. Así, en el último párrafo del artículo 157, se prevé que *“El militar que durante cinco veces se ausentare, en el lapso de un año; incurriendo en infracciones disciplinarias, en las oportunidades posteriores en que lo hiciere, deberá reputársele como autor del delito de ausencia sin permiso y no se podrá sustituir responsabilidad penal por responsabilidad disciplinaria”*.

4. LAS TESIS OBJETIVITAS RECOGIDAS EN LA LEY PENAL COMÚN: LOS CASOS DE ECUADOR Y ARGENTINA

El Código Orgánico Integral Penal de 2 de febrero de 2014 regula la desertión, dentro de la Parte especial del Código penal común, en los artículos 357 y 358. En el primero se dispone que se impondrá una pena privativa de libertad de tres meses a un año, a la o el servidor militar que en tiempo de conflicto armado se ausente por más de ocho días, en los siguientes dos casos. Por

un lado, cuando falte al reparto o unidad militar, instituto u otro lugar en que esté destinado o, hallándose en servicio activo y sin haber obtenido su baja, se separe de él; por otro, cuando en el momento de la partida o marcha de su unidad, fuerza, tropa, nave u otro vehículo no se incorpore a ellos. Estas penas se elevarán al máximo si la desertión se comete por complot o en territorio enemigo.

Según el artículo 358, se castigará al superior directo o al jefe de unidad o reparto que no dé parte de la desertión de sus subordinados. En este caso, la pena a imponer será de tres meses a un año de prisión, con la misma agravación prevista en el artículo 357.

Por su lado, en el caso de Argentina, la Ley 26.394, publicada el 29 de agosto de 2008, deroga el anterior Código de Justicia Militar de 1951 y todas las normas, resoluciones y disposiciones internas que lo reglamentan. Dicha Ley incorpora al CP común determinados delitos militares entre los que se encuentran tanto el abandono de destino como la desertión.

Así, se incorpora el artículo 252 que se dispone: *“El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno a seis años”*. Se incluyen tres acciones típicas como son el abandono de servicio, el de destino y la desertión, pero limitado a una situación concreta: que sea en tiempo de conflicto armado.

Por ello, el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, aprobado por la indicada Ley 26.934, en su anexo IV, dispone en el artículo 14, que será considerada como falta gravísima el abandono de destino que cometa el oficial que faltare *“tres días*

continuos del lugar de su destino o residencia, sin la autorización” o “no se presentare al superior de quien depende, cuarenta y ocho horas después de vencida su licencia temporal”. Respecto de la desertión, el artículo 15 establece que cometerán desertión los suboficiales y soldados que, o bien *“faltaren de la unidad de su destino o lugar fijado por la superioridad como de su residencia, por más de cinco días consecutivos, los que se considerarán transcurridos pasadas cinco noches desde que se produjo la ausencia”* o *“abandonaren el destino o lugar fijado por la superioridad para su residencia, con la intención de no reincorporarse ni regresar y omitieren recabar las autorizaciones o pedir su baja”.*

Según el artículo 23, las faltas gravísimas serán sancionadas con la destitución, que consistirá, según el artículo 19, en la pérdida definitiva del grado, la baja de las fuerzas armadas y la imposibilidad de readquirir estado militar sino en cumplimiento de las obligaciones del servicio militar que, como ciudadano, le correspondan.

Simplemente cabe apuntar que en el código derogado, en sus artículos 713 y siguientes, se seguía la tradicional distinción entre el delito de abandono de destino y el de desertión, con las mismas características mencionadas en el caso chileno. El primero sólo lo podían cometer los oficiales mientras que el segundo quedaba reservado a los suboficiales y tropa. La acción típica era la misma, utilizándose verbos como faltar o no presentarse, aunque se permitía el conato de desertión en el artículo 729. Además, el periodo de consumación para el abandono de destino era de tres días continuos sin que mediara autorización, aunque había otros plazos para situaciones diferentes o, incluso, en alguna modalidad no existía plazo alguno.

Es significativo mencionar las penas que se imponían, ya que, siendo una ley penal militar de 1951, el abandono en tiempo de paz se castigaba con apercibimiento o arresto hasta de dos meses, pero si excedía de quince días, la sanción era la de destitución. En tiempo de guerra la pena a imponer podía ser *“de prisión, destitución u otra sanción disciplinaria, según la circunstancia de cada caso”.*

La desertión, por su parte, referida en el artículo 716, preveía unos plazos de consumación de cinco días en el supuesto básico, sin perjuicio de la pormenorizada regulación de otros supuestos. Se mantenía la clasificación de desertión simple y cualificada en el artículo 719, según concurrieran o no algunas de las circunstancias agravantes del artículo 720. Y también se recogía, otro criterio que históricamente se ha repetido en la legislación española: la distinción entre la primera y la segunda desertiones.

En cualquiera de estas dos opciones, la pena a imponer, en esencia, era la del recargo en el servicio. Pero incluso, si la desertión era cualificada, se mantenían este tipo de sanciones. Sólo la desertión en tiempo de guerra, artículo 724; la desertión al extranjero en tiempo de paz, artículo 723; o la acumulación de tres o más desertiones, artículo 722, suponían la pena de prisión. Sin perjuicio de que los artículos 726 y 727 imponían penas más graves a los militares y a los civiles que incitaran, provocaran, favorecieran y ocultaran la desertión, que la impuesta a los propios desertores.

5. CONCLUSIONES

La regulación de los delitos de abandono de destino y desertión en el derecho penal militar sudamericano no responde a

un patrón común. En efecto, se ha destacado cómo alguno de los códigos aún vigentes mantiene la postura subjetivista por la cual el delito de abandono de destino y desertión responde a una misma conducta, pero la diferencia viene dada por el autor del mismo. En el primer caso, oficiales y suboficiales; en el segundo, la tropa.

Esta dimensión subjetiva está superada en el ordenamiento español desde el Código de Justicia Militar de 1945 y no presenta, en la actualidad, ninguna justificación teórica que permite seguir manteniéndose. Desde el ordenamiento romano, base del sistema continental, se diferenció el abandono de la desertión no por el sujeto activo del mismo sino por la presencia de un ánimo subjetivo del injusto que matiza y caracteriza a la desertión: el ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares.

Pues bien, este elemento subjetivo del injusto sí que se mantiene en la mayor parte de las legislaciones sudamericanas si

bien, dentro de ellas, hay variables notorias respecto el plazo de consumación, las circunstancias agravantes o atenuantes o en relación a las penas. Máxime cuando en algunos de estos países aún se mantiene el servicio militar obligatorio.

Finalmente, en cambio, sí que habría que destacar como dos países han introducido el código penal militar como una parte más de sus respectivos códigos penales. A diferencia de España, donde el código penal aún tiene la categoría de ley penal especial, en Argentina y Ecuador, se han puesto en práctica las tesis más modernas de codificación penal militar por las que las disposiciones que prevén los delitos castrenses deben estar incluidas en el código penal común, dado que comparten ambas ramas los mismos principios fundamentales de la ley penal y donde, con alguna adaptación obvia, la parte general del código es plenamente aplicable a los delitos militares. Se evita la duplicidad de códigos y se mejora en el principio de seguridad jurídica.

Javier Gamero Kinosita¹

FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN EL ESTADO DE DERECHO MODERNO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL POSMODERNA

El actual trilema entre la libertad, la seguridad y la justicia

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; I. LA SEGURIDAD EN EL NUEVO CONTEXTO DE LA SOCIEDAD GLOBAL; II. LA SEGURIDAD CIUDADANA COMO DERECHO HUMANO; III. CAMBIO DE ENFOQUE EN LA LÓGICA DE SEGURIDAD DE LA JUSTICIA CRIMINAL POST 11/09; IV. LA SEGURIDAD COMO COSA PERDIDA; V. LA SOCIEDAD DE RIESGO Y LA POLÍTICA CRIMINAL DEL SIGLO XXI; VI. EL GOBIERNO A DISTANCIA; VII: LA SEGURIDAD ADQUISITIVA Y LOS NUEVOS SOCIOS DE SEGURIDAD; VIII. CRIMINALIDAD, INSEGURIDAD Y LA CULTURA DEL MIEDO; IX. LA SOCIEDAD DE VIGILANCIA; X. EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO; XI. CONCILIACIÓN O MEDIACIÓN: UNA ALTERNATIVA SOCIAL CONSTRUCTIVA A LA REPRESIÓN; XII. LA CRIMINOLOGÍA Y EL BUEN GOBIERNO: POLITIZACIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA PÉRDIDA DEL PRESTIGIO DE LOS EXPERTOS EN LA MATERIA; XIII. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN

El autor sostiene que el mundo del siglo XXI exige una “seguridad sostenible”, que abarque cuatro planos distintos: la seguridad global, la seguridad del Estado, la seguridad de las instituciones y la seguridad de las personas. Refiere que la sociedad global ha cambiado los paradigmas

1 Oficial de la Policía Nacional del Perú en situación de retiro; jurista y criminólogo peruano graduado en la Universidad de Berna, residente en Suiza; miembro de la Sociedad Suiza de Derecho Penal, de la Sociedad Europea de Criminología (ESC), de la Sociedad Internacional de Criminología (ISC), del Grupo de Trabajo Suizo de la Criminología, del Foro de Berna para las Ciencias Criminales (BFK), de la Asociación Internacional de Policía (IPA)-Sección Perú, del Castillo de Gimborn, Centro de Especialización de la IPA en Colonia, Alemania, de la Legión de Honor de la Benemérita Guardia Civil del Perú y del Círculo Ahumada Amigos de la Guardia Civil de España.

de seguridad y los Estados no son más los únicos protagonistas, al haberse sumado nuevos actores globales y nuevas modalidades delictivas.

Advierte que después del 9 de setiembre de 2001, los paradigmas de seguridad han cambiado radicalmente y vivimos en un mundo posmoderno atestado de riesgos, como el crimen organizado internacional o el terrorismo global.

En su concepto, la seguridad no será más un bien colectivo regulado por el Estado, sino por el poder adquisitivo individual. El control de la criminalidad ha devenido en un negocio de la seguridad, que se rige por la económica. De otro lado, la fragmentación de la sociedad y el surgimiento de una inseguridad provocada por el discurso cotidiano de los medios de comunicación y por la retórica populista de los políticos de turno, incide en la sensación de inseguridad de la gente.

Para resolver esos agudos problemas de seguridad, la criminología debe cooperar con los gobiernos y proveer al Estado los instrumentos para diseñar políticas de seguridad, prevención y control del crimen adecuadas, coherentes y modernas, dentro de un marco de estricta racionalidad política, académica, penal y criminológica. La criminología tiene un compromiso con la democracia, los derechos humanos, la libertad y la seguridad, ayudando a resolver los conflictos sociales y humanos.

ABSTRACT

The author claims that the 21st century world demands a "sustainable security", which encompasses four different levels: global security, state security, institutions' security and security of individuals. He refers that global society has changed the security

paradigms and the States are no longer the only protagonists as new global actors and new criminal methods have been added.

He warns that after September 9, 2001, security paradigms have radically changed and we live in a postmodern world full of risks, such as the international organized crime or global terrorism.

In his concept, security will no longer be a collective good regulated by the State, but by individual purchasing power. Crime control has become a security business, which is governed by the economy. On the other hand, the social fragmentation and the insecurity emergence, caused by daily discourse of the media and by the ruling politicians' populist rhetoric, influence people's insecurity feeling.

To solve these acute security problems, criminology must cooperate with governments and provide the State with the instruments to design adequate, coherent and modern security, prevention and crime control policies, within a framework of strict political, academic and criminal rationality. and criminological. Criminology is committed to democracy, human rights, freedom, and security, helping to resolve social and human conflicts.

INTRODUCCIÓN

El tema de la seguridad ciudadana yace en el punto de interacción de las esferas de interés del Estado de derecho, la teoría social y la política. Su actual fuerza explosiva y dramatismo se debe esencialmente a la parcialidad de su contemplación o consideración. Al parecer la política hoy en día, en una especie de disputa de desplazamiento entre estas disciplinas, ha usurpado el tema para sí.²

En el actual debate sobre seguridad, los planteamientos doctrinarios basados en la ciencia social, en la ciencia jurídica y en la ciencia criminológica, brillan por su ausencia. Todo ello ha conducido a simplificaciones y constricciones populistas. El tema de la seguridad ciudadana no puede circunscribirse sólo a su dimensión política y compulsarse con simples políticas de orden, dado que ello sería una simplificación inadmisibles que no permitirá solucionar la complejidad del problema. Por el contrario, la política debe estar, en principio, interesada en abordar el tema de la seguridad ciudadana desde el trasiego interdisciplinario, dada la heterogeneidad de su naturaleza.

En este sentido, el presente trabajo pretende abordar, con la debida racionalidad política, penal y criminológica, algunas reflexiones y conocimientos adquiridos en las Facultades de Seguridad y Justicia Criminal y en los Institutos de Derecho Penal y Criminología de distintas universidades europeas, para dar a conocer, con una visión académica, algunos elementos esenciales que permitan a los Gobiernos pergeñar una política criminal racional, coherente y moderna, que le permitan al Estado de derecho moderno, contar con políticas estables y consistentes, orientadas a la prevención y control

de la criminalidad, para hacer frente a las paradojas, ambigüedades y desafíos que la “sociedad de riesgo”, la “sociedad post 11 setiembre” y la “sociedad de 24 horas” nos imponen y obtener, de esta forma, la *seguridad sostenible* que el siglo XXI exige.

Se requiere implementar urgentemente una nueva arquitectura de seguridad y las teorías de la criminología y la política criminal nos suministrarán ese insumo o materia prima necesaria, para poder elaborar un nuevo discurso de seguridad pública,³ que nos posibilite aplicar una nueva gerencia pública de producción de seguridad en la era de la post globalización.

I. LA SEGURIDAD EN EL NUEVO CONTEXTO DE LA SOCIEDAD GLOBAL

El siglo XXI exige una **seguridad sostenible**, vale decir, una seguridad amplia, objetiva y subjetiva, que abarque cuatro planos distintos: la *seguridad global*, la *seguridad del Estado*, la *seguridad de las instituciones* y la *seguridad de las personas*. Tenemos nuevas tendencias macro-políticas, macro-económicas, macro-sociales, macro-culturales, macro-tecnológicas, macro-demográficas y macro-ecológicas, que nos han sumido en un **punto crítico del caos, la complejidad y la contingencia**⁴, advirtiéndose una serie de confrontaciones

2 Leuthard, Beat (1994): Zur Kritik an der aktuellen Sicherheitsdebatte. Festung Europa. Zürich. En Karl-Ludwig Kunz (2000): „Bürgerfreiheit und Sicherheit - Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik“. Editorial Peter Lang: Berna-Berlin-Bruselas-Frankfurt am Main-Nueva York-Oxford-Viena. Página 53.

3 Gerben Bruinsma (2015): “Proliferation of Criminological Theories in an Era of Fragmentation”. In School of Criminology, Faculty of Law of the University of Porto. 15th Annual Conference of the European Society of Criminology (ESC) Porto. Portugal. 2-5 de setiembre de 2015.

y contradicciones. Tenemos una sociedad global que es multidimensional, poli céntrica y contingente, donde los Estados-Nación no son más los únicos protagonistas, ya que hoy existen **nuevos actores globales**. Vivimos en un tiempo caótico y sin regulación, desprovisto de anclajes; los aeropuertos son los nuevos ejes de la cartografía del planeta, donde se plasma la interconexión global, hecho que es aprovechado por las organizaciones criminales, el *jet lag* es el paradigma de la contemporaneidad, debido a que vivimos una sensación de desdoblamiento y desorientación. Estamos en la denominada **“sociedad de 24 horas”**⁵ que nos ofrece un **“Word full of opportunities”** y una nueva modalidad delictiva: la **ciber-criminalidad**.

La globalización ha acentuado el carácter del proceso de transnacionalización, no sólo de determinados espacios geográficos, sino también de los acontecimientos, problemas y conflictos. Vivimos en la multi-espacialidad, la pluri-temporalidad y la trans-individualidad. Hablamos de la **desestatización de los acontecimientos bélicos** y los conflictos ya no son originados por los Estados, sino por grupos privados, con intereses políticos, religiosos, étnicos, etc., son los denominados **conflictos de baja intensidad**. Se habla de las **guerras**

civiles moleculares, los conflictos se han atomizado, se dan en un **micro-teatro de operaciones**, los conflictos bélicos ya no se desarrollan en una zona limítrofe o en una colina fronteriza, pues se pueden desarrollar en un teatro, en una estación de tren, en un paradero de bus, en un estadio, en una arteria principal, en un centro comercial, en una zona de estacionamiento, en centros históricos, en museos, en plazas públicas, etc. Hablamos de la **“batalla urbana”** y de la **“invisibilidad del combatiente”** que se mimetiza con la población⁶. Ello ha dado lugar a que la **seguridad oscile entre lo militar y lo policial**. Se ha generado un **trilema entre la libertad, la seguridad y la justicia**⁷.

Es necesario contar con nuevos enfoques globales y estrategias transversales para detectar las causas de la criminalidad, los nuevos riesgos y las nuevas oportunidades. Se requiere en la política criminal nacional, vale decir en las políticas de prevención y control de la criminalidad, una perspectiva transnacional y poliédrica. Hay nuevos problemas, conceptos y desafíos. El Perú carece de una política criminal racional, moderna y coherente. **Se requiere de una nueva arquitectura de seguridad**.

II. LA SEGURIDAD CIUDADANA COMO DERECHO HUMANO

-
- 4 Noriyoshi Takemura (2006): *“The Stockholm Criminology Symposium”*: Ponencia: Emerging new paradigm of complexity criminology, Estocolmo, Suecia, 15-17 de junio, 2006.
 - 5 Martin Killas (2011): *“Gewalt - tägliche Bedrohung”* organizado por el Sicherheitspolitische Forum Zentral Schweiz y la Konferenz der Luzerner Initiative für Frieden und Sicherheit. 25 de agosto de 2011 en el Hotel Schweizerhot de Lucerna, Suiza.
 - 6 Herfried Münkler (2009): *“Foro Reforma de las Fuerzas Armadas de Suiza”*, organizado por el Neuer Zürcher Zeitung (NZZ), el Tages Anzeiger y el Weltwoche en el Bellevue Palace de Berna, el 18 de marzo de 2009.
 - 7 Noriyoshi Takemura (2006): *“The Stockholm Criminology Symposium”*: Ponencia: Emerging new paradigm of complexity criminology, Estocolmo, Suecia, 15-17 de junio, 2006.

El Dr. *Karl-Ludwig Kunz*, presidente del Foro de Berna para las Ciencias Criminales de la Universidad de Berna, en Suiza, postula la tesis que **la seguridad es un derecho humano fundamental**⁸. La seguridad ciudadana es fruto del “Siglo de las Luces” o la era de la Ilustración y la revolución ciudadana. Ella es concebida tan igual que la libertad, como un derecho humano fundamental en la *Bill of Rights de Virginia* del año 1776 y en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y los Ciudadanos de 1789, que se inspiró en esta primera declaración americana.

Hoy en día, esta concepción de seguridad de la ilustración se ha extendido doctrinariamente, a partir del asentimiento de la obligación de protección del Estado, hacia un derecho subjetivo de protección que le asiste a cada individuo. Ello implica un nuevo entendimiento, que no sólo se circunscribe a un mero derecho de defensa frente al Estado, sino también, como un derecho de protección de terceros a la prestación de seguridad estatal.

El reconocimiento de una obligación del Estado en el ámbito de seguridad es el reverso de la medalla de la prohibición de la justicia a mano propia, la justicia popular o la justicia consuetudinaria. En otras palabras, existe el principio de un derecho del individuo a su protección por parte de

la policía⁹. La seguridad en el Estado de derecho moderno se concibe no solamente como un asunto colectivo de mantenimiento de orden, sino como un derecho humano fundamental para la libertad de los individuos.

El Estado de derecho moderno brinda seguridad para garantizar la libertad individual. Esta prestación de seguridad por parte del Estado debe generar confianza en la población, que la autonomía ciudadana será respetada y protegida. *Benjamín Franklin* afirmaba que “*el individuo que está dispuesto a perder parte de su libertad en aras de obtener seguridad, terminará perdiendo ambas*”¹⁰.

La **sociedad post 11/09** que nos ha planteado el *terrorismo global* o *hiperterrorismo* hace difícil hoy en día, armonizar la política criminal y los derechos humanos, presentándonos paradojas, ambigüedades y desafíos. Esta política criminal humana y liberal ha sido paulatinamente remplazada por una política neoliberal mucho más drástica y efectiva a costa de los derechos humanos. Ello pone a prueba la orientación futura de la política de los gobiernos en materia de prevención y control de la criminalidad con respecto a la cultura de los derechos humanos.

8 Karl-Ludwig Kunz (2000): “*Bürgerfreiheit und Sicherheit-Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik*”. Editorial Peter Lang: Berna-Berlin-Bruselas-Frankfurt am Main- Nueva York-Oxford-Viena. Páginas 68-69.

9 Gerard Robbers (1987): “*Sicherheit als Menschenrecht*” Aspecte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden, páginas 121-143.

10 Karl-Ludwig Kunz (2000): “*Bürgerfreiheit und Sicherheit - Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik*”. Editorial Peter Lang: Berna-Berlin-Bruselas-Frankfurt am Main- Nueva York-Oxford-Viena. Páginas 68-69.

Hoy se advierten flagrantes vulneraciones a los derechos humanos en el marco de esta nueva política criminal, tales como las restricciones del derecho a la libertad de religión y de culto, de asociación, de pensamiento, a la libertad individual, de libre circulación o desplazamiento, el derecho a la privacidad, y a la propiedad. Con suma preocupación constatamos medidas de vigilancia telefónica y electrónica permanente, sin autorización judicial, se habla ya del surgimiento de la seguridad de vigilancia, que implica altos costos tales como la pérdida de la privacidad y la erosión de la autonomía individual; las nuevas tecnologías se han vuelto más sofisticadas e intrusivas. Se advierten detenciones arbitrarias, allanamientos policiales, decomisos, incautaciones, acceso a información bancaria y financiera, bloqueo de cuentas, bancos de datos de ADN.

Se aprecia con preocupación en ciertos países, un debilitamiento del Poder Legislativo en favor del Poder Ejecutivo, instrumentalización del Poder Judicial, implementación de superministerios de seguridad interna, sobredimensionamiento del Poder de Policía, creación de tribunales militares especiales para personas civiles sospechosas de terrorismo, condiciones penitenciarias deplorables, etc.

II.1. Los derechos humanos como elemento central de la seguridad ciudadana

La seguridad ciudadana se constituye en un marco central para el desarrollo de los derechos humanos ya que está orientada a la protección de las personas e inspirada en la Constitución y las leyes. Debe desterrarse el viejo concepto de orden público y seguridad nacional que circunscribe la

actuación policial en función del Estado, del mantenimiento y control de la tranquilidad pública, sin importar si el orden protegido es violento o injusto. El concepto moderno de seguridad ciudadana está en función del individuo, no se limita exclusivamente a la lucha contra la delincuencia sino que va más allá y crea un ambiente propicio para la paz social y el desarrollo.

II.2. La concepción democrática de la policía y los derechos humanos

La policía es una de las instituciones básicas del Estado de derecho moderno, clave para la defensa de los derechos humanos. A raíz del 9/11 se aprecia, con mayor frecuencia, que los militares siguen aún dictando las políticas del sector interior en determinados países, asumiendo labores que corresponden a la policía, obstaculizando de esta manera los procesos de reforma democrática. Es necesario distinguir básicamente los términos de “defensa” y de “seguridad”. La defensa se circunscribe al ámbito militar; los militares se centran en el combate, la seguridad externa, las fuerzas letales y se rigen por las leyes del conflicto armado (*ius in bello*). En cambio, la policía centra su accionar en el ámbito de la ley. **En los Estados democráticos la policía no tiene enemigos internos a quienes combatir, sino ciudadanos a quienes proteger.** En aras de la lucha contra el terrorismo global, muchos regímenes dictatoriales o de tendencia autoritaria han revestido a sus policías de viejas concepciones militaristas, constituyendo una herramienta de poder como órganos de inteligencia y espionaje al servicio del gobierno, convirtiéndose en fuente de conflicto y de desintegración social. Es por ello que la doctrina policial debe estar hoy en día, inspirada en la filosofía profunda de la democracia y los

derechos humanos y dotada de una identidad civilista; puede tener una estructura militar, pero su acción es, ante todo, un servicio de carácter y naturaleza civil. Por otro lado, *Anna Getos*, de la Universidad de Zagreb, sostiene, al respecto, que las medidas antiterroristas tienen un impacto negativo hoy en día en los derechos humanos¹¹. *Jean-Claude Paye* advierte que la democracia está en grave peligro.¹²

III. CAMBIO DE ENFOQUE EN LA LÓGICA DE SEGURIDAD DE LA JUSTICIA CRIMINAL POST 11/09

Dentro de la lógica de seguridad en la sociedad post 9/11, la justicia criminal ha experimentado un cambio, virando de la tradicional orientación post-crimen a la orientación pre-crimen. Antes, la policía intervenía una vez perpetrado un hecho delictivo, actuaba de manera retrospectiva, reconstruía el hecho en su investigación, pero, hoy en día, tiene que hacerlo antes de perpetrarse el hecho y así actuar con una visión prospectiva y futurista, adelantarse a los hechos, identificar tempranamente una eventual situación criminógena. Este último encausamiento constituye una nueva concepción preventiva emergente en la justicia criminal actual denominada justicia preventiva, que impone nuevos desafíos a los derechos humanos. Derechos

fundamentales tales como la presunción de inocencia, el principio jurídico de la proporcionalidad, el debido proceso, establecían límites en la lógica de seguridad post-crimen del sistema de justicia; sin embargo, estos derechos resultan menos relevantes en el nuevo Estado preventivo de la política criminal pre-crimen. Prima la alta inseguridad frente a la presunción de inocencia. Ello conlleva el peligro de generar un estado de policialización de la justicia. Se habla del surgimiento de la *sociedad de vigilancia*, que implica altos costos, tales como la pérdida de privacidad y la erosión de la autonomía individual, las nuevas tecnologías se han vuelto más sofisticadas e intrusivas.¹³

IV. LA SEGURIDAD COMO COSA PERDIDA

Contrariamente al discurso jurídico-político, existe un debate en torno a la seguridad con resultados no muy alentadores, donde se aprecia su pérdida y la casi imposibilidad de poder recuperarla. Mientras más grande es la demanda popular por la seguridad, más inalcanzable se ha vuelto ella para los ciudadanos. La sociedad de hoy en día, no sólo muestra un déficit de seguridad, concretamente en la protección ante la violencia criminal, sino que está estigmatizada por una carencia estructural. Esta carencia es consustancial con el proceso de

11 Anna Maria Getos (2009): „IX Conference European Society of Criminology: Criminology and crime policy between human rights and effective crime control”. Ponencia: The Missing Dots in terrorism Research: Violent Radicalisation, Ljubliana, Slovenia, 09-12 September 2009.

12 Jean-Claude Paye (2005): „Das Ende des Rechtsstaats – Demokratie im Ausnahmezustand“, Editorial Rotpunkt, Zürich, página 235.

13 Ian Brown y Douve Korff (2009): *Terrorism and the Proportionality of Internet Surveillance*. En *European Journal of Criminology*, volume 6, número 2, marzo 2009, editorial SAGE, California, EEUU, páginas 119-134.

modernización, y en opinión de los expertos, irremediable.¹⁴

El progreso científico y tecnológico fue un ideal para las revoluciones sociales, a fin de disolver esa fragmentación social permanente y generar estructuras sociales igualitarias y equivalentes. La sociedad industrial era una sociedad de bienestar y prosperidad, tanto en lo tecnológico como en lo social, que no sólo concibió la máquina como un instrumento de desarrollo y progreso, sino también lo fue el individuo, la estructura social y la familia. Las diferencias iban a ser niveladas, prometiendo alimentar a la población mundial, tener un dominio sobre las enfermedades, la igualdad de oportunidades, emancipación de género, etc. Se trataba de una revolución tecnológica y social, un periodo de optimismo pleno por el futuro, en donde los riesgos estaban bajo control. Existía una política criminal racional y humana, en la que el individuo estaba en el centro, las causas de la criminalidad yacían no sólo en el delincuente, sino en la sociedad misma. El Estado de bienestar era responsable, a la vez, que solidario y generoso y velaba por la seguridad.

Esta liberación de las dependencias a través de estos medios científicos y tecnológicos crean *nuevos riesgos globales* que tangencian los fundamentos de la vida, el uso desmesurado de los recursos naturales, la destrucción del equilibrio ecológico, la falta de dominio de la tecnología atómica, los peligros nucleares. La sociedad se torna en una **sociedad de riesgo**, este adelanto ha

generado problemas producidos por el mismo progreso, que nos ha conducido a un callejón sin salida. Estamos a merced de nuevos riesgos y peligros que son estructurales con el nuevo orden postindustrial o neoliberal, que nos conducen a una permanente inseguridad. En esta sociedad post-industrial y post-moderna hace que se pierda la orientación de identificación colectiva, la política criminal contemporánea encargada de diseñar las medidas de prevención y control de la criminalidad también se ve estigmatizada por la pérdida de esa conexión social. El Estado se desentiende de la seguridad, se torna indiferente por la racionalidad neoliberal. Concibe la criminalidad como un riesgo individual. Hoy la seguridad es considerada como un asunto o cosa perdida.

V. LA SOCIEDAD DE RIESGO Y LA POLÍTICA CRIMINAL DEL SIGLO XXI

La “*sociedad de riesgo*” es una de las tesis conceptuales más relevantes del discurso de la política criminal de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, introducida el año de 1997 por el Dr. Ulrich Beck, catedrático de sociología de la Universidad de Múnich, Alemania, describiéndonos hoy en día un mundo posmoderno atestado por doquier de riesgos, tales como el crimen organizado internacional, el terrorismo global o hiperterrorismo, las variaciones climáticas y el preocupante recalentamiento del planeta, los accidentes atómicos y las nuevas amenazas nucleares, la crisis

14 Karl-Ludwig Kunz (2000): “*Bürgerfreiheit und Sicherheit - Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik*”. Editorial Peter Lang: Berna-Berlin-Bruselas-Frankfurt am Main- Nueva York-Oxford-Viena. Páginas 56-57.

financiera mundial o la pasada gripe mexicana, entre otros¹⁵, los que han generado miedos e inseguridad¹⁶. Este sentimiento de inseguridad frente a estas nuevas amenazas globales que atañen a toda la humanidad, ha diluido la gran promesa de seguridad hecha por el Estado-Nación, desbordando por completo sus capacidades. Los gobiernos no pueden controlar hoy en día las cinco guerras de la globalización, el tráfico de drogas, armas, ideas, personas y dinero. Estos mercados ilegales están dominados por redes ágiles, multinacionales y con muchos recursos, potenciados por la globalización. El nacionalismo del Estado-Nación como respuesta es una utopía. Sin lugar a dudas que hoy es más riesgoso que en el pasado. El Dr. *Hierfried Münkler* de la Universidad de Humboldt en Berlín, Alemania, postula en este sentido la tesis de la *globalidad del riesgo*.¹⁷

El Dr. *Karl-Ludwig Kunz*, director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Berna, en Suiza, subraya que el optimismo del dominio o manejo absoluto de las amenazas sociales que reinó en la sociedad moderna se ha esfumado por completo en la sociedad posmoderna. Hoy en día los problemas sociales son concebidos como *sombras o reflejos normales del progreso* que no son susceptibles de ser suprimidos, sólo es posible reducirlos tanto

en intensidad como en magnitud. Ellos no son eliminables y son consustanciales con el progreso contemporáneo. Estos riesgos devienen de los triunfos de la modernización y son producidos por el mismo desarrollo tecnológico y social. El manejo de estos riesgos es una mera utopía, ese es el precio, en opinión del Dr. *Beck*, que debe pagar la sociedad posmoderna de este siglo por el progreso tecnológico. El Dr. *Kunz* hace hincapié en la distinción entre “riesgo” y “peligro”¹⁸. El riesgo requiere de una percepción de posibilidad de pérdida y sus consecuencias desventajosas a la hora de tomar decisiones propias. Esta inseguridad social difusa y general va a crear determinados escenarios de riesgos y amenazas concretas en la percepción de la ciudadanía. Este fenómeno exige tener conciencia del mismo y exige también un monitoreo. Ante la inevitabilidad de los mismos, no se puede caer en la resignación o en la política de “*laissez faire, laissez passer*” (dejar hacer, dejar pasar) sino todo lo contrario, actuar de manera inteligente y sistemática. Ello requiere un *análisis* a fin de desarrollar estrategias preventivas de minimización del riesgo y, así, evitar los temibles daños que pueda ocasionar. Es imprescindible una *gerencia social y estatal del mismo* en el plano preventivo que se anticipe al futuro, que lo diagnostique, lo mida cualitativa y cuantitativamente. A ello se le denomina

15 Karl-Ludwig Kunz “*Kriminologie*” (2008). Editorial UTB, ETH Zürich, 5. Edición, capítulo 3, páginas 304-306

16 Ulrich Beck (1991): “*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*”, 8. Edición, Frankfurt a. M.

17 Herfried Münkler (2009): “Foro Reforma de las Fuerzas Armadas de Suiza” organizado por el Neuer Zürcher Zeitung (NZZ), el Tages Anzeiger y el Weltwoche en el Bellevue Palace de Berna, el 18 de marzo de 2009.

18 Karl-Ludwig Kunz “*Kriminologie*” (2008). Editorial UTB, ETH Zürich, 5. Edición, capítulo 3, páginas 304-306.

la **calculabilidad del riesgo**. Ello implica en cierta forma una colonización del futuro, una **prospectiva de seguridad**.

La nueva política criminal recurre a esta **lógica del seguro o principio del seguro contra la criminalidad**. Ella desarrolla una gerencia o monitoreo del riesgo anexando los servicios adquisitivos de empresas privadas de seguridad en el esfuerzo de minimización de los mismos y satisfacer las necesidades de seguridad de la población. En esta tesis conceptual de la sociedad, **la criminalidad es concebida como un riesgo**. De la misma manera que se perciben los daños personales o materiales que pueden acarrear la probabilidad objetiva de los accidentes de tránsito se percibe también a la criminalidad. **La sociedad asume la existencia de riesgos criminales**. Estos deben ser gerenciados por el Estado y la sociedad misma, asumiendo ambos los costos para neutralizarlos.

El Dr. *K-L. Kunz* agrega que la criminalidad en la modernidad era considerada de manera *retrospectiva e individual*. En la posmodernidad esta percepción de la criminalidad se ha tornado *prospectiva y grupal*. Mientras que *tradicionalmente el control de la criminalidad estaba orientado a la demanda* buscando reducir la conducta criminal a través de criminales potenciales, *la nueva política criminal está orientada a la oferta*, en la cual ella considera reducir la oferta de la oportunidad criminal.

Este cambio *conceptual en el control gerencial de la criminalidad* que anteriormente se orientó a los autores del crimen y hoy se orienta a los riesgos, ha sido denominado, por los criminólogos *Malcolm Feeley* y

Jonathan Simon, como la **“justicia matemática del seguro”**. Esta justicia se ocupa de las *técnicas de identificación, clasificación y control de los riesgos* en relación con el grado de peligrosidad, según la lógica del seguro. De esta manera, los espacios sociales serán catalogados según los indicadores de peligrosidad en la escala de **“zonas de alto riesgo”** en su punto más alto hasta las **“zonas de bajo riesgo”** en su punto más bajo. Los criminales o potenciales criminales serán de igual forma catalogados en **“delincuentes de alto riesgo”** hasta **“delincuentes de bajo riesgo”**. El análisis del riesgo coordinará las medidas que han de tomarse para neutralizar esos posibles daños.

VI. EL GOBIERNO A DISTANCIA

Michel Foucault ha instituido un nuevo término, que se ha asimilado en la política criminal contemporánea: **“gouvernementalité”**, estableciendo una nueva lógica de seguridad, donde el Estado, que antes tenía el control y regulación jerarquizada de la seguridad, hoy ha sido sustituido por un auto control o auto regulación descentralizada a cargo del sector privado y la sociedad civil. La seguridad no será más un bien colectivo regulado por el Estado, sino por el poder adquisitivo individual; el control de la criminalidad ha devenido en un negocio de la seguridad, que se rige por la factibilidad real y la eficiencia económica.

La nueva gerencia pública de producción de seguridad prioriza la auto previsión frente a la protección del Estado. Rige en el nuevo discurso sobre el tema la *teoría del prudencialismo*¹⁹. Se ha disuelto el

19 Karl-Ludwig Kunz “Kriminologie” (2008). Editorial UTB, ETH Zürich, 5. Edición, capítulo 3, páginas 315-318.

monopolio del Estado en el servicio de seguridad ya que estos servicios son operados a través de nuevos socios, coordinados desde el Estado, quién crea el marco regulatorio para que los servicios comunales de seguridad del país, las asociaciones privadas y la ciudadanía, socios de seguridad estratégicos y funcionales de la policía, puedan operar en el ámbito que les ha circunscrito el Estado, que tiene la última palabra: Dice que debe hacerse, hasta donde pueden actuar, gobierna a distancia, apela a la responsabilidad individual, existe un mandato de auto provisión (preventivo) para evitar los riesgos personales.

De la misma manera que una persona se asegura contra accidentes, enfermedades, daños materiales y personales, vejez, perjuicios, etc., también debe hacerlo en el ámbito de la seguridad. Se habla del *homo prudens*, que es la imagen del buen ciudadano. Rige la **lógica del seguro**.

El Estado efectúa una cesión de un trozo de su soberanía al ámbito privado, delega estratégicamente funciones, terceriza servicios, da un paso atrás, no es un Estado panzón, paquidérmico, pesado más bien es un Estado más ligero, ágil, que exige una sociedad más participativa, diluyéndose el esquema del Estado de Leviatán, de la sociedad estadual. Esta nueva forma de **gobierno a distancia** apela al *concepto de colaboración, de cooperación* en las políticas de seguridad. Rige el *principio de la auto responsabilidad ciudadana*, el principio de responsabilidad del individuo que recurrirá a vigilantes privados, videocámaras, cercos

eléctricos se da pues con ello una nueva posibilidad de actuación del Estado. Una activación condicionada o limitada de la ciudadanía. Se utilizan los recursos del denominado “Tercer Sector”. Se esgrime *una nueva filosofía de la administración basada en la sociedad público-privada*.

VII. LA SEGURIDAD ADQUISITIVA Y LOS NUEVOS SOCIOS DE SEGURIDAD

Hoy en día se evidencia una desmesurada expansión del sector de la seguridad comercial y privada. La ratio promedio de seguridad pública/privada es de 0.73. La dinámica del pensamiento neoliberal exige un mercado de seguridad privada paralelo a las agencias estatales de seguridad. El Estado no es más el único garante de seguridad sino el coordinador. Hoy existe un amplio sistema de seguridad que requiere prestaciones propias de la ciudadanía. La seguridad se rige bajo criterios comerciales, en función del poder adquisitivo individual. *La seguridad corre hoy por cuenta nuestra.*²⁰

Esta nueva seguridad personal e individual diluye esa amplia concepción de seguridad social. Se habla de un recorte de la seguridad social, que de alguna forma va a conducir a una exclusión social. El sociólogo urbano catalán *Jordi Borda* nos habla de la **dicotomía urbana** existente actualmente en las grandes ciudades, nos habla del cielo y del infierno; el cielo son aquellas zonas residenciales privilegiadas, dotadas de todos los servicios y dispositivos sofisticados

20 Karl-Ludwig Kunz “*Kriminologie*” (2008). Editorial UTB, ETH Zürich, 5. Edición, capítulo 3, páginas 315-318.

de seguridad, verdaderos clubs privados o campos de golf cercados, y por otro lado el infierno, que son esas zonas pauperizadas, desprovistas de las necesidades básicas, entre ellas, la seguridad y menciona que el problema no yace en la separación de los ciudadanos de tales ámbitos sociales, sino en el encuentro de ellos. Nos habla de la **fragmentación de la sociedad**, se vive una especie de **refeudalización de la sociedad**, sociedades encerradas, aisladas, protegidas con casetas de seguridad, tranqueras, circuitos de televisión cerrada, en donde no se permite el libre ingreso de cualquier ciudadano. *Federico Mayor Zaragoza*, ex director de la UNESCO, las denomina las **“ciudades fortaleza”**.

La precarización es producto de la fatalidad económica, el sector privado con empresas flexibles, conscientes de la inseguridad y la precariedad de la situación responderán a esta nueva demanda. Cada uno debe de ver por sí mismo, el individuo es manager de sí mismo, cada uno asume su propia responsabilidad de sí mismo, de sus propios riesgos. *El delito no está más fuera del mercado, sino dentro de él. La libertad y la seguridad son productos fabricables y consumibles*. Hoy rige el principio de la *pluralización de la policía*, rige el *principio de subsidiaridad*, la *economización de lo social*, vale decir, se aplica el pensamiento económico a los problemas o asuntos sociales, prima la fuerza del mercado, la iniciativa propia del individuo.

De esta manera le permite al Estado movilizar recursos no estatales, creando una red de seguridad. El Estado ya no tiene el monopolio exclusivo, pero sí la última palabra, gobierna a distancia y **donde antes regía la soberanía, hoy rige el mercado**. En la racionalidad neoliberal se evidencia un marcado **proceso de desestatización**, un **proceso de despolicación**. El Estado neoliberal propone una *nueva filosofía de administración pública de seguridad*, en donde el ciudadano viene a ser el cliente. El Estado neoliberal trata de conjugar lo público con lo privado, el Estado con el mercado, la centralización con la descentralización. La sociedad posmoderna concibe la producción de seguridad no sólo como una tarea estatal, sino como un permanente esfuerzo social.

VIII. CRIMINALIDAD, INSEGURIDAD Y LA CULTURA DEL MIEDO

El Dr. *Karl-Ludwig Kunz*, director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Berna, en Suiza, resalta la *cultura del miedo a la criminalidad*²¹ como un elemento esencial de la inseguridad ciudadana en la sociedad contemporánea, afirmando que la creciente disolución de la cohesión y solidaridad social y, sobre todo, la precariedad que se vive en las relaciones laborales de la sociedad moderna, despiertan necesidades de protección social y financiera que son cada vez más difíciles de satisfacer²². Asimismo, ha surgido una inseguridad específica provocada por el discurso

21 Karl-Ludwig Kunz (2008): “*Kriminologie*”. V Capítulo: Kriminalpolitik in der Spätmoderne. Editorial Haupt Verlag, Berna-Stuttgart-Viena, 5ta. Edición. Páginas 294-295.

22 Karl-Ludwig Kunz (2008): “*Kriminologie*”. V Capítulo: Kriminalpolitik in der Spätmoderne. Editorial Haupt Verlag, Berna-Stuttgart-Viena, 5ta. Edición. Páginas 294-295.

cotidiano de los medios de comunicación y por la retórica populista de los políticos de turno, que abordan de manera dramática, espectacular y espeluznante el tema de la criminalidad, exigiendo de una manera alarmante, una mayor seguridad. A ello se suman los acontecimientos terroristas del 11 de setiembre que tangencian, visceralmente, a Occidente, a pesar de las medidas de seguridad adoptadas. La sociedad occidental contemporánea se ha tornado vulnerable.

La sensación de vulnerabilidad de la sociedad de Occidente es en sí parte de ella y no sólo la obsesión de una minoría timorata. A esto el Dr. *Kunz* lo denomina la cultura del miedo (*Angstkultur*). La libre circulación de personas, bienes y servicios implican una disolución de las fronteras, la desactivación de los controles fronterizos policiales, migratorios y aduaneros, lo que permite la perpetración de posibles actividades criminales. La liberación de los mercados facilita el intercambio y el comercio mundial de bienes ilegales. El progreso tecnológico ha miniaturizado las armas y potenciado su capacidad de destrucción. Hoy, con solo hacer un clic en el *mouse* de un computador, se puede ocasionar daños mucho más devastadores que los que puede ocasionar un ejército completo.

Cada flaqueza e inseguridad estructural de la sociedad occidental moderna tendrá una resonancia perversa en los medios de comunicación, incidiendo profundamente en la conciencia social. El hecho de que exista la posibilidad de la comisión de grandes sucesos criminales, con consecuencias funestas imprevisibles, mina el sentimiento de auto seguridad de la población

y, con ello, la disolución de la estabilidad de la estructura social. Este clima propicia un temor generalizado, no sólo ante hechos violentos sino también ante la posible violación de la propiedad.

La cultura del miedo exige un cambio en la estrategia de seguridad. El Estado debe fomentar y fortalecer el sentimiento de seguridad de sus ciudadanos. Al margen de las medidas instrumentales y tecnológicas para garantizarla objetivamente, se debe acentuar simbólicamente las señales de una férrea decisión en la lucha contra el crimen, a fin de estabilizar la psique social y neutralizar este creciente sentimiento de inseguridad de la población. En consecuencia, la política de seguridad debe ser comunicativa.

Ella debe orientarse a la ciudadanía, no sólo con recomendaciones técnicas y de autoprotección, sino que deben buscar tematizar e influenciar el sentimiento de seguridad. Estamos ante una situación dual: por un lado, tomar en serio el sentimiento de inseguridad extendido y generalizado en toda la colectividad y, por el otro, emitir una señal o mensaje en el que se subraye infundada esa gran preocupación social, haciéndose hincapié que todo está bajo control. El manejo y gestión de la seguridad por parte del Estado debe perseguir una doble estrategia: primero combatir instrumentalmente la delincuencia y luego afianzar o reafirmar simbólicamente ante la ciudadanía la garantía de seguridad estatal demostrativa que se presta. La nueva política de seguridad opera tácticamente contra la criminalidad y opera, a la vez, estratégicamente para neutralizar el miedo a la criminalidad.²³

23 Karl-Kudwig Kunz (2000): *“Bürgerfreiheit und Sicherheit – Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik”*. Editorial Peter Lang: Berna.Berlin-Bruselas-Frankfurt am Main-Nueva York-Oxford-Viena, páginas 68-69.

Esta *nueva política comunicativa simbólica* estará orientada a influenciar positivamente el sentimiento de seguridad de la población, a través de medidas que fortalezcan la confianza en las fuerzas del orden del Estado. Restituir la confianza ciudadana no solo implica buscar un acercamiento de las fuerzas de seguridad con sus ciudadanos, sino, también, hacer visible ante la colectividad sus acciones y operativos de control. Sin embargo, debemos tener en cuenta que investigaciones exitosas, persecuciones espectaculares o intervenciones policiales llevadas a cabo con firme dureza, puestas en escena en los medios de comunicación, pueden tener un efecto contraproducente e irritar a la población o, por el contrario, generar nuevas dudas en la situación de seguridad. Lo que fue pensado para fortalecer y revitalizar el sentimiento de seguridad puede conllevar a que el ciudadano tenga la impresión que la situación es aún peor de la temida, generándose un espiral de inseguridad social en subida.

IX. LA SOCIEDAD DE VIGILANCIA

En el discurso posmoderno de la política criminal internacional, la *“sociedad de vigilancia”* constituye un concepto capital en la elaboración de las estrategias de prevención y control de la criminalidad. Tanto en el ámbito político, en el académico, como en el mediático, se aborda regularmente el tema de aquella sociedad, *cada vez*

más plagada de interceptaciones telefónicas, números de pines por doquier, de interceptaciones de correos electrónicos vía internet, de documentos de identidad biométricos, videocámaras y de sistemas de circuito cerrado de televisión, como un punto crítico de la política gubernamental, ya que ella implica el sometimiento general de la población a un permanente control por parte de las autoridades. Los ciudadanos deben ser siempre vistos y escuchados. Ello ha generado un debate público, tornándose la vigilancia en un tema de investigación actual, de interés para los criminólogos, sociólogos y politólogos.²⁴

IX.1. El consenso de vigilancia y su costo social

La *“sociedad de vigilancia”* emerge con el beneplácito de la ciudadanía dentro de un marco de *neoliberalización de las políticas urbanas, de semiprivatización efectiva de los espacios urbanos y de santificación de los centros comerciales*, que hoy en día se ve reforzada por el temor al terrorismo y la exacerbada obsesión de la población de reducir los riesgos e incrementar la seguridad. A ello se le denomina el consenso de *vigilancia*²⁵. No olvidemos que el científico social Ulrich Beck ha denominado a la sociedad del siglo XXI como la *sociedad de riesgo*. Sin embargo, el surgimiento de esta *“sociedad de vigilancia”* implica, a su vez, altos costos, tales como la pérdida de

24 Benjamin J. Good (2009): “Making Sense of Surveillance in Europa”. En editorial de la *European Journal of Criminology*, volumen 6, número 2, marzo 2009, Editorial SAGE, California, EEUU. Páginas 115-117.

25 Leon Hempel y Eric Töpfer (2009) “The Surveillance Consensus – Reviewing the Política of CCTV in Three European Countries”. En *European Journal of Criminology*, volumen 6, número 2, marzo 2009, Editorial SAGE – California, EEUU. Páginas 157-177.

privacidad y la erosión de la autonomía individual. A partir del 11 de setiembre de 2001 las nuevas tecnologías de la vigilancia se han ido expandiendo por doquier, de manera vertiginosa, y son cada vez más *sofisticadas e intrusivas*, lo que ha generado, en cierto modo, una supresión de la libertad de expresión en la intimidad²⁶. El presidente de Francia, Nicolás Sarkozy, sostuvo en 2007, después de su elección: “*cuando yo comparo nuestra red de vigilancia con la de Gran Bretaña, donde hay más de 4 millones de cámaras instaladas, yo me digo a mí mismo que debemos incrementar más nuestra vigilancia*”.²⁷

IX.2. La “sociedad de vigilancia” como cambio de paradigma

Leon Hempel y Erick Töpfer, del Centro de Tecnología y Sociedad de la Universidad de Berlín, Alemania, sostienen que la “*sociedad de vigilancia*” surge como consecuencia de las inconductas sociales relacionadas con el crimen, el terrorismo y la guerra, constituyendo un “*giro preventivo*” de políticas de seguridad pública a políticas de seguridad interna, complementando de esta forma la lógica de represión reactiva con una de prevención proactiva.

El desarrollo de las “*sociedades de vigilancia*” está indudablemente en relación con el esquema de reestructuración capitalista y los avances logrados en la era post industrial de la globalización. Ellas se han consolidado en los Estados Unidos y Europa, principalmente en el Reino Unido, con una marcada tendencia de expansión en sociedades no anglófonas ni occidentales. La interrogante que se plantea hoy en día en la política criminal internacional es si vamos hacia una *sociedad de vigilancia global*²⁸. Si bien es cierto que la vigilancia constituye un valioso instrumento en la prevención y control del crimen, es necesario crear un marco regulatorio más claro y restrictivo para su aplicación, en aras de salvaguardar el derecho de las personas a la privacidad, y de esta forma, mantener intangible el derecho fundamental de la libertad personal, piedra angular de la democracia y del Estado de derecho moderno.

X. EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

El derecho penal simbólico es una reacción del derecho penal frente a la sociedad de riesgo. La nueva política criminal no es más una política del derecho penal que previene la comisión de infracciones

26 Ian Brown y Douve Korff (2009): “*Terrorism and the Proportionality of Internet Surveillance*”. En *European Journal of Criminology*, volume 6, número 2, marzo 2009, Editorial SAGE, California, EEUU, Páginas 119-134.

27 Discurso del presidente de la República de Francia Nicolas Sarkozy en la ceremonia de recuerdo de las víctimas de terrorismo. Paris, 19 de setiembre del 2007. Portal del Gobierno de Francia. <<http://www.premier-minister.gouv.fr>>.

28 David Murakami Wood (2009): “*The Surveillance Society – Questions of History, Place and Culture*”. En *European Journal of Criminology*, volúmen 6, número 2, marzo 2009, Editorial SAGE, California, EEUU. Páginas 179-194.

penales y tiene funciones subsidiarias en la justicia criminal. Se ha virado de la lucha instrumental contra la criminalidad a la ejemplificación simbólica de su fuerza de aplicación o imposición.²⁹

En la praxis, la cualidad del derecho penal ya no yace en el *utilitarismo*, para impedir o evitar la perpetración de actos criminales futuros sino, ante todo, en la *impresión*, el *impacto* y el *efecto* que puede ocasionar. Es sólo un *gesto expresivo* de la represión penal, que va dirigido al público, a la sociedad.

Hay un cambio de orientación del derecho penal; se ha pasado del *utilitarismo* a la *impresionabilidad*. Antes, el utilitarismo era su fuente de legitimación, el derecho penal era manifiesto y honesto, hoy es sólo demostrativo y tiene un mero efecto simbólico. El derecho penal se ha tornado latente y embaucador, da a entender a la sociedad que se hizo algo en asuntos donde existen problemas. Se trata de una contribución simbólica para paliar, reducir, menguar, aminorar ese clima de miedo e inseguridad.

Existe una doble estrategia. Por un lado, está la lucha instrumental contra los hechos criminales espectaculares y despertar en la opinión pública una garantía demostrativa de seguridad estatal y, por otra, está orientado a la neutralización de los peligros criminales, pero, esencialmente, a la neutralización del miedo a la criminalidad

de aquellos que se ven en el rol de víctimas potenciales.

El derecho penal simbólico *transmite un mensaje de poner en jaque a la criminalidad*, lo hace con intención manipulativa, que tangencia la sensibilidad. Es un derecho penal que finge, engatusa y aparenta la posibilidad de una seguridad estatal absoluta, que en la era de la sociedad de riesgo no se puede dar. Este derecho penal moderno es una fachada que quiere impresionar a la prensa, no es instrumental, ni material, ni inmanente, ni fáctico, ni honesto, ni eficiente; es un derecho penal *simbólico, meramente declarativo, latente, disfrazado, encubierto, es embustero y se basa en el oportunismo político*³⁰.

Los problemas sociales se transfieren al dominio del derecho penal para solucionarlos. La política criminal contemporánea o posmoderna se sirve del prestigio ganado por el derecho penal, a través de normas simbólicas, que tienden a frenar o reducir esta influenciada inseguridad. No soluciona los problemas, los agrava. La política criminal posmoderna da señales de *“así no más”*, *“así no se puede continuar”*. Las causas del problema son irremediables, da una clara señal contra las consecuencias. Que señal sería más impresionante que aquellas que se dan a través del derecho penal; por ejemplo, tenemos aquellos delitos que afectan los bienes jurídicos universales o bienes jurídicos sobre individuales que presentan peligros abstractos, tales como los delitos

29 Karl-Ludwig Kunz (2008) *“Kriminologie”*. En el capítulo V: Kriminalpolitik in der Spätmoderne, III Herstellung von Ordentlichkeit und “Null Toleranz”, Páginas 318 - 323. Editorial Haupt - Berna, Stuttgart, Viena.

30 Idem.

ecológicos, el racismo, los delitos tributarios, etc.

XI. CONCILIACIÓN O MEDIACIÓN: UNA ALTERNATIVA SOCIAL CONSTRUCTIVA A LA REPRESIÓN

Tradicionalmente el derecho penal, instrumento esencial de la política criminal que representa al Poder del Estado, esta focalizado en el autor, en el delincuente, siendo descortés con la víctima, dejándola de lado. Desde principios de la humanidad la sociedad se ha centrado en el autor de los delitos, infiriéndole sanciones físicas, privativas de la libertad, pecuniarias. Se aplicaba la pena de muerte contra los perpetradores de hechos prohibidos como la brujería, la magia, los insultos a Dios o a su Majestad, el adulterio, etc. Los mismos Mandamientos de la Ley de Dios se centran en los actos del autor.

La dinámica neoliberal demanda una liberación del Estado de sus cargas sociales. Se busca la minimización del daño causado por la sanción, *la última ratio debe ser la sanción*³¹. Hoy, tanto la criminología, la política criminal, el derecho penal como el derecho procesal penal, simpatizan con la víctima y se centran en sus intereses, sus derechos y toman en serio el caso desde su perspectiva. La víctima ya no ocupa un lugar secundario ni un papel auxiliar.

Los aspectos esenciales que abogan por este cambio sustancial en la política criminal del Estado son:

- La descriminalización material-jurídica de la política criminal. Algunos llegan a plantear hasta la abolición o despenalización del sistema de la justicia criminal, una despenalización absoluta.
- El mandato de intervención mínima. Se apela al principio de proporcionalidad y se plantea la humanización de la ejecutoria penal, orientada a mejorar el estatus social/jurídico de los internos en centros penitenciarios.
- El aspecto económico. Constituye una medida de ahorro significativo para el Estado, una reducción considerable de las costas procesales.
- El fenómeno de hacinamiento de cárceles.

La conciliación es un arreglo extrajudicial que implica una desregulación y nos plantea una *cultura alternativa* que nos hace descubrir el potencial de la solución del conflicto interhumano en el ámbito social. Ella exige del desarrollo de servicios sociales profesionales que ofrezcan mediadores calificados, de manera que coadyuven a reducir el exceso de carga en el sistema de justicia penal.

Existe una gran **decepción sobre los efectos de la sanción penal**, evidenciándose una muy alta aceptación de la población por una *alternativa social constructiva a la represión*. Se apuesta por la *reparación* y el *desagravio* en vez de la pena, de esta manera se consideran los *elementos material e ideal* en el sistema de justicia criminal.

31 Siegfried Lamnek (1997) "Neue Theorien abweichenden Verhaltens": Der Täter-Opfer-Ausgleich als pragmatisches Konzept UTB für Wissenschaft: Uni. 2° edición. München. Páginas 365-463.

La conciliación nos propone optar por una *solución privada autónoma*, por una *activación de la responsabilidad social*; ella posee un *potencial de promoción de la paz* e implica a su vez un *desarme del derecho penal*, que de ninguna manera puede resolver todos los problemas de la vida real. El mundo jurídico difiere del mundo real.

En consecuencia, esta solución extra-judicial de conflictos, esta *reprivatización de los conflictos*, esta **nueva cultura de mediación, conciliación y arreglo amistoso**, constituye un concepto de compensación, de arreglo positivo óptimo, más rápido y eficiente, que diluye el tradicional concepto de venganza en relación a la pena.

XII. LA CRIMINOLOGÍA Y EL BUEN GOBIERNO: POLITIZACIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA PÉRDIDA DEL PRESTIGIO DE LOS EXPERTOS EN LA MATERIA

En la política criminal contemporánea, la protección de la sociedad se ha tornado en un tema dominante. Con el tema de la seguridad se pueden ganar hoy en día elecciones políticas. Tanto los medios de comunicación social como los partidos políticos en general están hipersensibilizados por el tema de la seguridad como con ningún otro. Cada error en la política de prevención y control de la criminalidad será escandalizado públicamente. La supuesta efectividad de las decisiones políticas en este ámbito se

verá, en muchos casos, reflejada a priori, en el eco de los medios de comunicación. Los debates de los últimos años sobre las reales dimensiones alcanzadas por la criminalidad y las posibilidades de su control han dado lugar a confusión social y un desconcierto en el plano político. En opinión del Dr. *Karl-Ludwig Kunz*, director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Berna, esta politización de la política criminal y la pérdida de prestigio de los expertos en la materia, la ha llevado al populismo³². La última palabra sobre las opiniones de los expertos, los entendidos o versados en la materia la tienen los políticos, que carecen de entendimiento sobre el tema y por lo general su posición está siempre orientada en función de la resonancia de los medios y de sus cálculos electorales, tanto personales como partidarios. Ello ha dado lugar a la pérdida de confianza de la población en los agentes oficiales de la política criminal, especialmente de los órganos de la administración de justicia y de la policía.

Durante la entrega del Premio Europeo de Criminología otorgado a fines de setiembre de 2008, en Edimburgo, al Dr. *Lode Walgrave*, éste dejó entrever en su alocución que la criminología constituye una de las vigas maestras del buen gobierno; pero, se refirió a la «buena criminología», que en opinión de la comunidad científica debe responder a tres criterios fundamentales: la *calidad*, la *autonomía* y la *responsabilidad*³³.

32 Karl-Ludwig Kunz (2008): "Kriminologie". 296- 298.

33 Lode Walgrave: (2008), "Criminology in Europa"-*Criminology, as I see it ideally* – Páginas 3 y 15, 16 y 17. Newsletter of the European Society of Criminology (ESC) – NSRC, P.O. Box 792 2300 AT Leiden- Los Países Bajos.

XII.1. La calidad intrínseca de la criminología

La calidad intrínseca que se exige a toda disciplina científica debe estar impregnada de todos aquellos ingredientes que son necesarios para hacer buena ciencia: inteligencia racional, buenas teorías y una metodología adecuada³⁴.

Tan igual que otras ciencias sociales, la criminología opera en el mundo real con una pléthora de variaciones en situaciones, cursos de vida individual, personalidades, experiencias, motivaciones y perspectivas, influenciados, por un lado, por factores sociales, económicos y culturales y, por otro lado, por dinámicas en el nivel micro y macro institucional. El objeto de estudio yace directa o indirectamente en seres humanos con necesidades y derechos.

La investigación científica puede aislar o dejar de lado sólo una parte de esta realidad completa y puede reducirla a algunas variables o dimensiones medibles. Ella está orientada por conceptos y teorías que son meras construcciones sociales, no datos objetivos y por hipótesis que están inspiradas originalmente por puntos de vista personales y hasta muchas veces idealizados. De igual forma, ella diseña una investigación metodológica, construye variables y crea instrumentos para medir estas variables. La recolección de datos ha de ser procesada racionalmente para esbozar conclusiones y la comunidad científica espera que dicho

procesamiento debe ser hecho con objetividad científica, dejando de lado ese “*input subjetivo*” que constantemente es advertido en las construcciones intersubjetivas, que reflejan la intuición y sospecha del investigador científico o se dejan entrever en una opinión pública desinformada o en los políticos vulnerables electoralmente, en relación al sentimiento generalizado de inseguridad y a los reclamos de una punitividad más severa. La metodología es un medio de encauzar la intuición y sospecha a través de un proceso racional, sistemático, supervisable y una recolección de datos basado en el análisis abierto del problema. Los resultados y puntos de vista, basados en una buena investigación científica, están sistemáticamente investigados y contextualizados y son siempre comprobables. Por consiguiente, la buena criminología debe desplegar un ámbito extenso de métodos de investigación, incluyendo un análisis social amplio, enfoques históricos, aproximaciones cualitativas, entre otros³⁵.

XII.2. Autonomía de la criminología

Actualmente vivimos en una era dominada por la obsesión frente al riesgo, la incertidumbre, la inseguridad y la ansiedad; impera un miedo generalizado a la criminalidad. Los gobiernos se encuentran impotentes frente a esta obsesión, sin embargo, tratan de mantener su legitimidad focalizando los problemas de la criminalidad,

34 Ezzat Fattah (2008): “The future of criminology as a social science and academic discipline”, XV Congreso Mundial de la Sociedad Europea de Criminología, Barcelona del 20 al 25 de julio de 2008

35 David Garland (2008): “*Disciplining Criminology: Institutional foundations and intellectual futures*” En el XV Congreso Mundial de la Sociedad Internaciotal de Criminología, Barcelona, del 20 al 25 de julio de 2008.

sucumbiendo al populismo penal. Ellos hacen frecuentemente un llamado a los expertos en política criminal, pero finalmente desechan sus propuestas, muchas veces, por ser electoralmente incompatibles.

El Dr. *Lode Walgrave* advierte que los criminólogos deben ser conscientes que los gobiernos utilizan la criminología como un menú. Ellos eligen lo que mejor satisface a sus apetitos políticos. Frecuentemente se puede apreciar que no es la criminología la que orienta a la política, sino la política la que orienta o canaliza el trabajo de la criminología. Una mejor calidad de democracia se evidencia en el grado de desarrollo y autonomía de sus ciencias sociales y en el respaldo que les otorgan sus autoridades públicas, permitiendo así un debate público serio y alturado.

XII.3. Responsabilidad de la criminología

Los académicos criminólogos son miembros de una comunidad científica, en consecuencia, se espera de ellos la debida diligencia de cómo su trabajo será integrado o utilizado en la práctica social. Los científicos deben ser conscientes de su responsabilidad social y ética. Esta responsabilidad debe reflejarse en cómo su actividad profesional puede contribuir, ya sea directa o indirectamente, a un mundo más vivible con una mejor calidad de vida.

El populismo penal constituye hoy, más que nunca, un desafío para la responsabilidad de la criminología. La criminología no es una ciencia matemática o de laboratorio, ella opera en el delicado campo de las relaciones humanas y sociales, donde la gente y las instituciones sociales se confrontan unas a otras, donde la gente victimiza a

otra gente, donde las libertades y los derechos ciudadanos están en juego, las familias están despedazadas y algunas personas encuentran la muerte. Todo esto ocurre dentro del ámbito del ejercicio del poder, incluyendo el riesgo del abuso del poder.

XIII. REFLEXIÓN FINAL

La criminología, al margen de su autonomía como ciencia y de su interrelación con otras disciplinas, debe cooperar con los gobiernos. Los resultados de sus investigaciones no sólo deben divulgarse en las aulas universitarias, sino que deben trascender en el ámbito del debate público, explicando cómo se debe actuar frente a la criminalidad, a la ansiedad y a la incertidumbre que ella genera en la sociedad, ya que, de lo contrario, la criminología se tornaría en una ciencia técnica de exclusión social, que permitiría a las autoridades políticas de turno hacer propuestas caprichosas y aplicar medidas irresponsables, obedeciendo a criterios populistas, coyunturales o mediáticos.

La “buena criminología” ha de proveer al Estado el *instrumentarium* imprescindible para diseñar políticas de seguridad, prevención y control del crimen adecuadas, coherentes y modernas, dentro de un marco de estricta racionalidad política, académica, penal y criminológica. La criminología pretende instruir el discurso oficial sobre las necesidades de seguridad y las amenazas que se suscitan en la sociedad de hoy, a raíz de la criminalidad.

En este sentido, las instancias políticas deben sujetarse a los análisis e informaciones que les provea la criminología y la política criminal científica. El criminólogo ha de ser el arquitecto que se ocupe de la sustancia y debe decir cómo hacer las cosas; en

cambio, el político es el ingeniero que ha de ejecutar lo que la criminología aconseja; el criminólogo actúa en función de la verdad, el político en función de la ideología y los intereses partidarios.

Existe la necesidad de integrar los resultados de la investigación criminológica en la práctica cotidiana. La criminología tiene un compromiso con la democracia, los derechos humanos, la libertad y la seguridad,

ayudando a resolver los conflictos sociales y humanos. El criminólogo debe explicar a la sociedad el porqué de las cosas. Normalmente, el político no se atreve, tiene miedo a cómo reaccione el público. En sociedades modernas, los criminólogos son candidatos de muy alto nivel para desempeñarse en los sectores de Justicia e Interior. Suscribo un planteamiento en favor de la *criminología gubernamenta*³⁶.

36 David Garland (2008): “*Disciplining Criminology: Institutional foundations and intellectual futures*”. En el XV Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Criminología, Barcelona, del 20 al 25 de julio de 2008.

CAUSA N° 394-78 SEGUIDA CONTRA EL
SUB OFICIAL DE TERCERA FAP JULIO
ALFONSO VARGAS GARAYAR, POR EL
DELITO DE TRAICIÓN A LA PATRIA

RESUMEN

El autor nos presenta en este artículo las circunstancias en las que fue procesado por el delito de traición a la patria y condenado a muerte, el sub oficial de tercera de la Fuerza Aérea del Perú Julio Alfonso Vargas Garayar. Este caso fue el último en el que se impuso la pena de muerte en el Perú.

ABSTRACT

In this article, the author presents the circumstances for which Julio Alfonso Vargas Garayar, Third Deputy Officer of the Peruvian Air Force, was prosecuted for the crime of treason and sentenced to death. This case was the last for which the death penalty was imposed in Peru.

1 Editor de la revista.

1. CUESTIÓN PREVIA

Entre diciembre de 1957 y enero de 1979, diez personas fueron condenadas a muerte en el Perú, en ocho causas penales que se siguieron en los tribunales nacionales, de las cuales, seis se instruyeron y sentenciaron en la jurisdicción militar.²

En tan solo cinco años, entre el 19 de noviembre de 1973 y el 20 de enero de 1979, ocho personas fueron fusiladas, una por traición a la Patria y siete por el delito de ataque a Fuerza Armada. De estas personas, ninguna fue de sexo femenino.

Para entender ese incremento de la pena de muerte, debemos precisar que mediante Decreto - Ley N° 10976, promulgado el 25 de marzo de 1949, durante el gobierno del general Odría, se modificaron varios artículos del Código Penal de 1924³, para imponer la pena de muerte por delitos de homicidio con circunstancias calificativas y traición a la Patria, que con anterioridad se castigaban solo con la pena de internamiento, no obstante que en el artículo 54° de la Constitución Política de 1933 se preveía que la pena de muerte se aplicaría “por los delitos de traición a la Patria y homicidio calificado y por todos aquellos que señale la Ley”.

El 21 de setiembre de 1971, durante el gobierno del general Velasco, se promulgó el Decreto - Ley N° 18968, que disponía la aplicación de la pena de muerte solo por delito de traición a la Patria y otros delitos

en agravio de menores. El artículo 1° disponía: “Déjese subsistente la pena de muerte únicamente para los autores de traición a la Patria, homicidio como consecuencia de raptó y sustracción de menores a que se refieren los Decretos - Leyes N° 10976 y 17388, respectivamente, sustituyéndose en los demás casos la pena de muerte por la de internamiento.” La motivación para tales cambios fue política y “humanista”, como se aprecia de la parte considerativa de dicho Decreto Ley.

El 30 de enero de 1973, tan solo un año y cuatro meses después de promulgado dicho dispositivo, ante el aumento de la criminalidad y la frecuencia con la que se causaba la muerte de miembros de las Fuerzas Policiales, por Decreto - Ley N° 19910, se dispuso que los que atacaban a miembros de la Fuerzas Policiales, “encontrándose éstos en acto de servicio o con ocasión del mismo o en función propia de su Instituto, o perpetren el delito como acto de venganza por hechos derivados de aquél”, serían reprimidos: (1) con la pena de muerte, si de la comisión del delito resultare el fallecimiento del agraviado; y (2) la pena sería de internamiento, “en el caso de que el agraviado quede permanentemente inválido o inutilizado para el trabajo...”

Conforme al artículo 2° de la Ley, los autores del delito de ataque a Fuerza Armada eran juzgados por el Consejo de Guerra de la correspondiente Zona Judicial de Policía. Cuando el delito era perpetrado como

2 Una información detalla al respecto se encuentra en: BRAVO MAXDEO, Roosevelt. La Justicia Militar en la Historia del Perú, tomo IV, publicación del Fuero Militar Policial, 2020.

3 En el Código Penal de 1924 no se estableció la pena de muerte, siguiendo una corriente de esa época. La pena más grave era la de internamiento.

consecuencia de otros delitos, los autores de éstos eran también juzgados por la Justicia Militar con sujeción al Código Penal. El artículo 3° precisaba: “Los Jueces Instructores y Consejos de Guerra Permanentes actuarán con arreglo al procedimiento que señala el Título segundo de la Sección XI del Libro Segundo del Código de Justicia Militar.”⁴

Debemos resaltar, sin embargo, que en todo ese tiempo solo se procesó a una persona por el delito de traición a la Patria y fue también el último caso en el que se aplicó la pena de muerte en el Perú. Nos referimos a la causa N° 394-78 seguida contra el sub oficial de tercera (R) FAP Julio Alfonso Vargas Garayar.

Seis meses después del fusilamiento del sub oficial Vargas Garayar, se aprobó la Constitución de 1979, en cuyo artículo 235 se precisaba: “No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior.”

La Constitución de 1993, en su artículo 140°, establece que “La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo,⁵ conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.” Si la pena de muerte es impuesta en la jurisdicción militar, está sujeta a casación ante la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 141°. En la actualidad, la jurisdicción militar, de acuerdo con el artículo 173° de

la Constitución, solo conoce de los delitos de función; luego, no se puede procesar en ella a personal militar en situación de retiro, como era el caso de Vargas Garayar.

2. RESUMEN DE LA CAUSA SEGUIDA CONTRA EL SUB OFICIAL DE 3RA. FAP (R) JULIO ALFONSO VARGAS GARAYAR⁶

El 9 de noviembre de 1978, el teniente general FAP Jorge Tamayo de la Flor, Comandante General de la Fuerza Aérea del Perú, mediante oficio II-125-DISA-N° 0012, se dirige al presidente del Consejo de Guerra Permanente de la Fuerza Aérea del Perú, poniendo a su disposición al sub oficial de 3ra. FAP (R) Julio Alfonso Vargas Garayar, “a quien se le ha probado fehacientemente haber cometido los Delitos de Traición a la Patria, previstos en los incisos 1°, 2°, 3° y 7° del artículo 81° y penado en el Artículo 84° del Código de Justicia Militar; a efectos de aperturar la correspondiente instrucción y juzgamiento de conformidad con los incisos 1° y 2° del Artículo 332° del propio Código”.

El general Tamayo precisaba también, “que los ciudadanos chilenos Pedro Benjamín Carbajal Montenegro, secretario del Agregado Aéreo a la Embajada de Chile en Lima, y José Aqueveque Pérez, funcionario del Consejero Administrativo de dicha

4 Es decir, se tramitaban estos casos como si se tratase de los “juicios en el Teatro de Operaciones”, con procedimientos sumarios y plazos perentorios, aplicando, en cuanto era posible, las disposiciones de los artículos 731° a 745° del Código de Justicia Militar de 1963.

5 No se puede imponer pena de muerte por delito de terrorismo en el Perú. La Convención Americana de Derechos Humanos de la que el Perú es parte, lo prohíbe. En el Perú, solo se puede imponer la pena de muerte por delito de traición a la Patria y únicamente en caso de guerra exterior

6 El expediente original se encuentra en el Archivo Central del Fuero Militar Policial.

representación diplomática, son quienes han requerido y obtenido las informaciones que el Sub-Oficial de 3ra FAP (R) JULIO ALFONSO VARGAS GARAYAR ha proporcionado; conforme consta en el Parte N° 291-DIRINT-D de la Dirección de Inteligencia de la PIP..”

En el citado Parte, de 24 de octubre de 1978, instruido por el comisario primero PIP Juan Gerardo Alva Sánchez, se concluye que Vargas Garayar, movido por fines económicos, “ha venido proporcionando información y secretos militares relativos a instalaciones, personal, armamento y equipos de las Bases Aéreas FAP; así como fotografías y esquemas de las Bases de Pisco y La Joya...”; que, los funcionarios de la Embajada de Chile en el Perú que han intervenido directamente en acciones de espionaje contra el Perú son Pedro Benjamín Carbajal Montenegro y José Aqueveque Pérez y que el coronel FACH Vicente Rodríguez Bustos “se encuentra implicado indirectamente en estas acciones, por ser quien canalizó en primera instancia las entrevistas del SO3 FAP (R) Julio Alfonso Vargas Garayar...”

En la manifestación que prestó el 17 de octubre de 1978, Vargas Garayar señalaba los lugares donde prestó servicios antes de ser dado de baja de la FAP, el 24 de abril de 1978, por insuficiencia profesional. Refería que como alumno de CEFAP había hecho prácticas en los Grupos Aéreos 6 de Chiclayo, 11 de Talara, 8 de Lima, 3 del Callao y en el Servicio de Mantenimiento de Las Palmas; y, como sub oficial de tercera, había servido en la Base Aérea N° 9 de Pisco, entre 1975 y 1976, y en la Base Aérea N° 4 de La Joya (Arequipa). Refería, así mismo, que la primera entrevista que había sostenido con el Agregado Aéreo de Chile había ocurrido en la Embajada de dicho país, en Lima,

aproximadamente, los primeros días del mes de agosto de ese año y que en la segunda entrevista que sostuvo, “Ricardo” (José Aqueveque), al expresarle Vargas que tenía necesidad de dinero, le entregó la suma de S/. 2,000.00, a cuenta del trabajo que realizaría para ellos en Chile y le entregó, además, una tarjeta de presentación a nombre de Ricardo Rivera Leyton, con las siglas impresas de SELTRONIC, para que en sus visitas posteriores preguntara directamente por él.” En su manifestación refería haberse entrevistado, en la Embajada de Chile en el Perú, en once oportunidades, mayormente con “Ricardo”, quien le entregó diversas sumas de dinero en distintos momentos. Sumados los montos que decía haber recibido, en cinco oportunidades, arrojaban la suma de S/. 42,000.00, de los cuales se le incautaron S/. 13,000.00 cuando fue intervenido en la Base FAP de Talara, el 13 de octubre de 1978.

Respecto a la información que los chilenos le solicitaron, estaba confirmar la cantidad de aviones que había en La Joya; cuántos de los aviones A-37B existentes en dicha Base estaban operativos; si La Joya contaba con defensas antiaéreas y su ubicación; qué procedimiento se seguía con la seguridad de los aviones en caso de ataque, entre otras cosas. En otros momentos, la información solicitada giraba en torno a la identidad de los oficiales que comandaban dichas Bases, a los sistemas de defensa de las instalaciones, a la operatividad de los medios e incluso a fotografiar las Bases de Pisco y La Joya con una cámara fotográfica proporcionada por “Ricardo”.

En el Parte N° 166-SESEG-PIP, de 9 de noviembre de 1978, formulado por el comisario primero PIP Fernando C. Flores Barrios, se hace relación a mayores hechos;

así, en su manifestación ampliatoria del 3 de noviembre de 1978, Vargas Garayar refería, entre otras cosas, que habiendo viajado a Arequipa y caminando por la calle La Merced, en horas de la noche, había sido interceptado por tres sujetos que lo introdujeron a un automóvil y procedieron a interrogarlo a golpes sobre la cantidad de aviones existentes en La Joya; sobre la forma de abastecimiento del combustible; las dimensiones de los hangares; la cantidad disponible de pilotos en la Base; los tiempos de reacción ante un ataque, entre otras cosas, abandonándolo en el Puesto de Control de Uchumayo, con lesiones en el cuerpo. Esa misma información le fue requerida después por “Ricardo”, cuando tras curarse de sus heridas se constituyó en la Embajada chilena. Refería, en su manifestación, que había proporcionado, a solicitud de “Ricardo”, los nombres completos y números de serie del personal superior de La Joya, específicamente, del coronel FAP Luís Sipán Mendizábal,⁷ comandante FAP Alipio Molina Vera y capitán FAP Luis Silva Benaducci. Dijo, además, que “Ricardo” lo comisionó para averiguar en Las Palmas sobre el CODEF (Grupo de Radares), cantidad de aviones de aerofotografía, etc. Entregó a “Ricardo” un “libro de servicio en guarnición antiguo”, cuatro Ordenanzas FAP sobre castigos y un

cuestionario desarrollado sobre reglamentos para su grado.

Sobre la forma en que fue detenido Vargas Garayar, el entonces coronel Luis Abraham Cavallerino⁸, comandante del Grupo Aéreo N° 11 de Talara, comunicó al Director de Inteligencia y Seguridad de la FAP, el 19 de octubre de 1978, que: “En circunstancias que se dirigía a Sanidad fue reconocido por el Sub Oficial de 2da. FAP Carlos García Jiménez, quien en forma inmediata manifestó su inquietud al Oficial de Inteligencia de esta Unidad, entre otros:

- a. Que encontrándose de vacaciones en la ciudad de Lima, aproximadamente a fines del mes de agosto del presente año, se encontró con el Sub-Oficial de 2da. FAP Rodolfo SEMINARIO PALACIOS (de la Especialidad Auxiliar de Inteligencia) del Ala Aérea N° 2, a quien acompañó a la Embajada chilena a realizar actividades de la Especialidad (Visas), sorprendiendo al Sub-Oficial de 3ra. FAP Julio VARGAS GARAYAR laborando en dicha Embajada; y,
- b. Asimismo, que el Sub-Oficial de 2da FAP Rodolfo SEMINARIO PALACIOS había quedado en informar sobre el particular.”

7 Luís Sipán Mendizábal, conocido entre sus compañeros de promoción como “La Rata”, llegó al alto grado de teniente general. Fue comandante del Grupo Aéreo de La Joya los años 1978 y 1979. Falleció en 2016. Los dos primeros aviones A 37B, de un lote de 36 adquiridos en EE. UU. de NA, llegaron a La Joya en 1977. <http://www.arribasiemprearriba.com/Articulos/a37b_al_su22.htm>

8 Luis Abram Cavallerino llegó al grado de teniente general de la Fuerza Aérea del Perú y ocupó el cargo de Comandante General de esa Institución, durante el primer gobierno de Alan García Pérez, quien lo destituyó por realizar demostraciones de fuerza en su contra, oponiéndose a la creación del Ministerio de Defensa.

El 15 de noviembre de 1978, el Auditor del Consejo de Guerra de Aeronáutica, coronel FAP Jurídico Jaime Sparks Ramírez,⁹ emitió su dictamen, afirmando que procede se abra instrucción contra el SO3-FAP (R) Julio Alfonso Vargas Garayar, por el delito de traición a la Patria, previsto en el inciso 14° del artículo 78° del Código de Justicia Militar.¹⁰ Precisa, igualmente: “Dada la gravedad de los hechos denunciados, esta Auditoría es de opinión el nombramiento de un Juez Instructor y Secretario Letrado Ad-Hoc.”

En la misma fecha, el Consejo de Guerra Permanente de Aeronáutica, abrió instrucción contra Vargas Garayar por el delito de traición a la Patria, nombrando como Juez Instructor de la causa al comandante FAP Juan A. Pretell Anzardo y como secretario letrado al Capitán FAP Jurídico José Balarezo La Riva.¹¹

El 20 de noviembre de 1978 se recibió la declaración inestructiva de Vargas Garayar, la que corre de fojas 58 a 63 del expediente. Actuó como fiscal el mayor FAP Jurídico Julián Alvarado Paul¹² y como defensor de oficio, el mayor FAP jurídico Percy Catacora Santisteban¹³. En

su inestructiva Varga Garayar, ahondó más en detalles, como el hecho de haber recibido la suma de mil soles del propio coronel FACH Vicente Rodríguez Busto, por el trabajo de haber archivado periódicos en la embajada. Refirió que “el cinco o seis de agosto Ricardo Rivera Leyton lo hizo llamar al deponente para proponerle que vendiera información de la Fuerza Aérea, preguntándole el deponente cuánto va recibir, contestándole Rivera Leyton que podía ser sesenta mil soles oro, a lo que replicó el instruyente que sus informaciones valían mucho más que eso, tratando con ello de esquivar su proposición; Rivera Leyton le manifestó que lo que el deponente le podía decir ya era de conocimiento de ellos (los chilenos) y lo que buscaban saber era si era leal con ellos, por cuanto el gobierno chileno gastaría mucho dinero en el deponente, tanto al dárselo en efectivo como a través del trabajo permanente que le proporcionaría en Chile.” Vargas Garayar confirma en su inestructiva las respuestas que dio durante su interrogatorio en la Policía de Investigaciones del Perú, como haber viajado a Arequipa (La Joya) con dinero proporcionado por “Ricardo” (S/. 10,000.00), para confirmar los datos que

9 Llegó al grado de Mayor General y fue por muchos años Auditor General del Consejo Supremo de Justicia Militar. Ya en la situación militar de retiro fue Vocal de la Sala Suprema Revisora del Fuero Militar Policial. Falleció el año 2011.

10 “Suministrar en tiempo de paz y sin la debida autorización a cualquier persona o potencia extranjera, y al enemigo en tiempo de guerra, memorias, estadísticas, datos o informes sobre la constitución, organización, movilización, disciplina, recursos de guerra o armamentos de la Nación... planos o descripción de las fortificaciones, arsenales, plazas, fuertes, puertos militares, canales, caminos, vías férreas, puentes, buques de guerra y aeronaves militares, puestos de vigilancia y puestos de observación así como proporcionar datos sobre sus disposiciones...”

11 Pasó a la situación de retiro con el grado de coronel.

12 Pasó al retiro con el grado de coronel.

13 Llegó al grado de mayor general. Fue Secretario General, Fiscal General, Auditor General y Vocal del Fuero Militar.

éste necesitaba de dicha Base, como dónde se encontraba la antena parabólica, zonas de servicio, hangares, polvorines, operatividad de los aviones. Precisaba que “como a eso de las nueve de la mañana del día quince de agosto del año en curso (1978) llegó a la Base de Vitor, identificándose como Sub Oficial retirado... permaneciendo en la Base por espacio de dos horas, aproximadamente, aprovechando después de una movilidad de la Fuerza Aérea para trasladarse a la Base de La Joya, donde permaneció dos horas, aproximadamente, trasladándose a Arequipa en un vehículo (ómnibus) de la Fuerza Aérea; bajando en el kilómetro cuarenta y ocho, donde tomó un carro con destino a Lima, bajando en Pisco...” De vuelta en Lima, dijo haberse entrevistado con “Ricardo”, “entregándole el esquema que había traído de la Base, además, de decirle que Vitor era una zona de entrenamiento de comandos; que la antena parabólica se encontraba en Chala...”; que sobre los servicios que se realizaba, le dijo que habían veinte puestos de vigilancia; “le dibujó los subterráneos en número de tres...”; que regresó a Arequipa para averiguar sobre el CODEF; querían saber sobre instalación de radares, que tipo de radares, si tenían personal ruso de asesoramiento, de cuantos cuerpos se conformaba el misil y de qué tipo eran los misiles que existían en dicha Base...”, recibiendo para el viaje la suma de S/. 10,000.00. En las sucesivas diligencias en las que participó, Vargas Garayar confirmó que viajó a Pisco y dio información sobre los nombres de los oficiales que comandaban la Base; que tomó fotografías de la Base con una cámara que le proporcionó “Ricardo”; que, igualmente, entregó información sobre Las Palmas, entre otras cosas, “para averiguar los números de los LEAR JET, cosa que así hizo.”

Luego de deponer extensamente, Vargas Garayar fue puesto “en detención definitiva” el 23 de noviembre de 1978, en la sede del Cuartel “Bolívar” del Ejército, en Pueblo Libre. El 24 de noviembre se ordenó que se practique a Vargas Garayar un peritaje, a fin de “establecer técnicamente el origen y naturaleza de las lesiones que se afirma presenta el inculpado, para lo cual es necesario contar con la opinión pericial de personal idóneo. Se resolvió nombrar peritos a los médicos César Eduardo Gonzales Bustamante y Abdón Vargas Velarde, a fin de que previo estudio de los antecedentes y demás actuados que corren en autos, así como lo que ellos juzguen necesarios, emitan el correspondiente dictamen pericial en el plazo de cuarentiocho horas a partir de la notificación de la presente resolución.”

A solicitud de su abogado defensor, el mismo día 24, se ordenó una pericia siquiátrica del imputado, nombrándose peritos a los médicos psiquiatras Alejandro Barturén Dávila y Adalberto Bravo Ugarte, para que en el plazo de diez días emitiesen su informe pericial.

El 24 de noviembre de 1978 se nombraron peritos a los capitanes Alfredo Raygada Cavagnaro y Luis Enrique Spicer Whittembury, “a fin de que previo estudio de los antecedentes y demás actuados que corren en autos, así como (aquellos que ellos juzguen) necesario emitan el correspondiente dictamen pericial en el plazo de veinticuatro horas, (para) establecer técnicamente si el croquis de la Base Aérea de La Joya, confeccionado por el inculpado Julio Alfonso Vargas Garayar, que corre a fojas ochenta y cuatro, refleja las características técnicas de dicha Base Aérea.” El informe emitido por estos oficiales dice, entre otras cosas: “En conclusión, el croquis refleja el noventaiocho por ciento de las instalaciones.”

En el peritaje médico ordenado, los peritos precisaron que se “aprecian lesiones cicatriciales hipercrómicas superficiales y lineales; en la muñeca derecha: dos, una de 1.5 centímetros en la cara posterior y lateral derecha y otra de 0.5 centímetros en la cara postero lateral izquierda, al mismo nivel en el plano horizontal. En la muñeca izquierda, tres de 1 centímetro superpuestas horizontalmente, en la parte lateral externa...” Igualmente, los médicos afirmaron que tenía “lesiones lineales hipercrómicas y superficiales” en los tobillos y en el “tórax, dolor leve a la palpación profunda a nivel del 3° y 4° arco costales, antero superior izquierdo.” En la discusión, los peritos expresaron: “Las lesiones descritas son al parecer de más de 15 días de antigüedad, probablemente causadas por roce o presión moderada. El dolor referido en parrilla costal, al parecer contuso, no se puede determinar la causa precisa. Se recomienda radiografía de tórax y parrilla costal, para descartar patología orgánica.”¹⁴ La pericia fue ratificada el 29 de noviembre de 1978.

El 29 de noviembre de 1978, José Benjamín De Rivera Lucero¹⁵, Procurador General de la República, a cargo de los asuntos del Ministerio de Aeronáutica, solicitó constituirse en parte civil. El 1° de diciembre de dicho año, el juez de la causa resolvió: “(...) acéptese como parte civil al señor

Procurador General de la República José B. de Rivera Lucero.”

El resultado del Peritaje Psiquiátrico arrojó las conclusiones siguientes:

“a.- No padece enfermedad psicótica, ni alteraciones de conciencia; b.- Presenta trastornos de personalidad con rasgos fundamentalmente sociopáticos; y c.- En la actualidad, se observa manifestaciones de ansiedad relacionadas con su situación judicial.”

El 11 de diciembre de 1978, el juez emitió el informe final, resumiendo las diligencias actuadas, en cuyo párrafo décimo se expresa, como conclusión: “Por todo lo expuesto, resulta plenamente acreditado que el SO3.FAP. (R) JULIO ALFONSO VARGAS GARAYAR, es autor y responsable del delito de Traición a la Patria previsto en el inciso 14° del artículo 78° del Código de Justicia Militar.” El mismo día, el Auditor del Consejo, tras analizar la investigación realizada, expresa: “(...) por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 579° y siguientes del acotado cuerpo de leyes (Código de Justicia Militar de 1963), procede se eleve la causa a proceso contra el indicado Sub-Oficial de Tercera en Retiro, por el mencionado delito.”

El día 12 de diciembre, el Consejo de Guerra Permanente de Aeronáutica, de

14 Pareciera que Vargas Garayar, durante la investigación policial o encontrándose detenido, fue objeto de maltrato físico. La experiencia en casos semejantes nos hace pensar ello.

15 Durante el gobierno de Velasco Alvarado, con el grado de coronel del Ejército, fue miembro del Comité de Asesoramiento del presidente de la República (COAP). Pasó después a la Fuerza Aérea, donde ascendió al grado de mayor general. Fue autor del libro: “Notas graves y agudas en el piano de mi vida”, publicado por la editorial Santorini, Lima, 2013.

conformidad con el dictamen de su Auditor, elevó la causa a proceso. El fiscal de la causa, mayor Julián R. Alvarado Paul, en el día, formuló acusación, precisando, entre otras cosas, lo siguiente: “El inculpado, conforme a las abundantes pruebas actuadas en su contra, en concepto de este Ministerio Público, ha incurrido en el delito de Traición a la Patria, previsto en el inciso 14° del Art. 78° del C. de J.M. y penado en el Art. 79°, segundo párrafo, del mismo cuerpo de leyes. Por tales fundamentos: Este Ministerio Público, ACUSA al SO3. FAP (R) JULIO ALFONSO VARGAS GARAYAR, como autor del delito de Traición a la Patria y solicita se le imponga la pena de Muerte; en lo que respecta a la Reparación Civil, la magnitud del daño causado a la Nación y a la Fuerza Aérea del Perú, es imposible medirlo en suma alguna de dinero, por lo que solicito se fije en forma simbólica en S/. 100,000.00.” (El acusado se encuentra con orden de detención definitiva desde el 23 de noviembre, medida de seguridad que cumple en el Cuartel Bolívar del Ejército, sito en Pueblo Libre, hasta la fecha).

El alegato de defensa escrito obra a fojas 178 y siguientes de autos, en el que su defensor, mayor Percy Catacora Santisteban, sostiene, entre otras cosas, que “consta del examen pericial siquiátrico, por propia versión de los peritos en la materia, que Vargas Garayar tiene rasgos de anormalidad en su comportamiento sicopático; tenemos el convencimiento que es una persona sin el completo equilibrio mental, es casi un semi civilizado, que lo único que sabe es jugar

ajedrez; por estas consideraciones y sin utilizar el atrevimiento de pedir su absolución, solicito en favor del Sub Oficial Vargas Garayar, se le imponga una pena inferior a la solicitada por el Señor Fiscal, considerándose que carece de antecedentes, que no ha hecho daño a la Institución ni existe daño material a la Nación, y además, fundamentalmente, porque solo existe su propia incriminación.”

Llevada adelante la audiencia de juzgamiento y pronunciada la sentencia de 14 de diciembre de 1978, el Consejo de Guerra Permanente de la Zona Aeronáutica falló: “Condenando al Sub Oficial de Tercera de la Fuerza Aérea del Perú en situación militar de Retiro Julio Alfonso Vargas Garayar, como autor del delito de Traición a la Patria, a la pena de muerte, debiendo pagar por concepto de reparación civil la suma de cien mil soles oro en favor del Ministerio de Aeronáutica...” Integraron el Consejo de Guerra el coronel FAP Fernando Meza Argumedo, como presidente y los comandantes FAP Fernando de La Portilla y Andrés Izquierdo M., como vocales; actuando como relator-secretario el mayor Nelson Echaiz Velásquez¹⁶.

La sentencia fue apelada y los autos remitidos al Consejo Supremo de Justicia Militar con tal fin. El 19 de enero de 1979, cinco miembros de este colegiado confirmaron la sentencia del Consejo de Guerra Permanente de Aeronáutica en todos sus extremos. Era presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar el general de división Oscar Morales Jaramillo.

16 Ostentó el grado de mayor general.

El mismo día, avocándose nuevamente al conocimiento de la causa, en vía de ejecución de sentencia, el juez dispuso se notificase al condenado la Ejecutoria del Consejo Supremo de Justicia Militar, ordenando, además, “de conformidad con lo dispuesto en el artículo seiscientos ochentatrés y siguientes del Código de Justicia Militar, facilítense los auxilios religiosos y derecho a otorgar testamento, si así lo desea; habiéndose señalado para la ejecución de la pena el día de mañana sábado veinte de enero del año en curso, a las seis horas, en las instalaciones del Servicio de Material de Guerra ubicada en Punta Lobos, Chilca.”

Se realizaron las gestiones para que se designe el pelotón de fusilamiento, “(...) al mando de un oficial que se encargará de dar el tiro de gracia al reo...”; al Hospital Central de Aeronáutica para que designe a un médico patólogo para realice la autopsia; a la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea para que designe un capellán “para los efectos de facilitar los auxilios religiosos a que hubiere lugar”; al Director Superior de la Policía de Investigaciones del Perú, para que por intermedio de la División de Identificación “proporcione dos oficiales peritos en Dactiloscopia, para los efectos de la identificación del reo antes y después de la ejecución; a la Segunda Región Militar del Ejército, para que el reo sea conducido, con especiales medidas de seguridad, del Cuartel Bolívar al lugar de la ejecución; al Comando de Bienestar de la Fuerza Aérea, para que ponga a disposición del juzgado un ataúd, “adquiera un nicho, y asimismo proporcione la movilidad correspondiente para el traslado del cadáver al cementerio para su inhumación...”

En la Orden General de la FAP N° 178, de 19 de enero de 1979, se publicó el fallo de la sentencia del Consejo de Guerra

Permanente de Aeronáutica y la Ejecutoria del Consejo Supremo de Justicia Militar; igualmente, mediante Resolución Ministerial N° 0099-79/AE, de 19 de enero de 1979, artículo primero, se resolvió “Cancelar el Grado Militar y el Título correspondiente que hasta la fecha ostenta el Sub- Oficial de 3ra. FAP (R) JULIO ALFONSO VARGAS GARAYAR, así como la Toma de Razón de dicho Título y consecuentemente suprimir su inscripción en el Escalafón correspondiente, a mérito de lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución” (La condena a muerte impuesta por la Justicia Militar y la disposición de “Privar de los honores y derechos inherentes que pudieran corresponder al referido Sub-Oficial”).

El día 20 de enero de 1979, a horas 05.30, se constituyeron en el lugar del fusilamiento las personas notificadas previamente: el juez de la causa, comandante Alberto Pretell Anzardo, dispuso que los peritos tomen las huellas dactiloscópicas del condenado; que el secretario de la causa, capitán José Alberto Balarezo La Riva, de lectura a la resolución ministerial por la que se dispone cancelar el grado y título del condenado y privarlo de todos los honores y derechos que pudieran corresponderle como Sub Oficial; dispuso, acto seguido, que se coloque al condenado “una venda en los ojos, sea atado de pies y manos al poste respectivo, ordenando al Oficial Jefe del Pelotón proceda al acto de fusilamiento; y con el permiso correspondiente, el Oficial Jefe de Pelotón ordenó “fuego” para la ejecución, procediendo el mismo Oficial a darle el “tiro de gracia”; a continuación, el señor juez, el secretario letrado, acompañados del médico patólogo, constataron “que el ejecutado ya era cadáver”; acto seguido, el juez dispuso que los peritos dactiloscópicos tomaran huellas nuevamente, ordenó el

levantamiento del cadáver y que el médico patólogo practique la autopsia y otorgue el “Certificado Médico de Defunción y con el mismo se inscriba la Partida de Defunción”; finalmente, dispuso la inhumación del cadáver. Los peritos dactiloscópicos designados fueron el comisario segundo PIP Gaspar Alayo Loyola y el comisario primero PIP Félix Murazzo Carrillo.¹⁷ Los médicos fueron el doctor Juan Takano Morón (Patólogo) y el mayor FAP Alberto García Cáceres. El capellán que asistió al

condenado fue el comandante FAP Pedro Alva Méndez; fotógrafo técnico inspector FAP Luís Rodríguez Caballero; y el jefe de Pelotón: un oficial FAP.

Durante un buen tiempo se realizaron acciones para cobrar la reparación civil. Se cobró S/. 13,000.00¹⁸ y quedaron pendientes 87,000.00 nuevos soles, siendo la última diligencia realizada en el expediente, la reserva provisional de la causa, el 30 de setiembre de 1980.

17 Llegó al grado de teniente general de la Policía Nacional. Fue Director General de esa institución y, posteriormente, ministro en el despacho del Interior.

18 Es el monto que se le incautó cuando fue detenido.

Arturo Antonio Giles Ferrer¹

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN CASTRENSE PERUANA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. DESARROLLO; III. A MANERA DE CONCLUSIÓN; Y IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

Se plantea líneas de investigación de lo que se entiende debiera ser el trabajo intelectual, en justicia militar para los próximos años, en la inteligencia de consolidarla académicamente, en orden a construir una

1 Ha sido hasta el 31 de diciembre de 2019, Presidente de la Sala Suprema de Guerra del Fuero Militar Policial del Perú, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política, grados otorgados por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Máster Universitario en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha, Magíster en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Egresado con trabajo académico del XXXVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos “Nuevas dimensiones de la justiciabilidad de derechos a cincuenta años de la CADH” impartido en la sede del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Egresado de la National Defense University William J. Perry Center for Hemispheric Defense Studies, Strategic Implications of Human Rights and Rule of Law. Diplomado en “Defensa y Seguridad Nacional, “Derecho Administrativo y Gestión Pública”, “Derecho Procesal Penal: Cuestiones Problemáticas”, con especialidad en “Pedagogía de la Educación Superior”, “Didáctica en la Educación Superior”, “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, Cursos de Estado Mayor para Oficiales de Servicio y Gestión

concepción peruana exportable de dicha jurisdicción especial, teniendo en cuenta además sus particularidades, que se originan en su ubicación entre los sistemas de justicia y defensa nacional, así como en la historia del Perú.

ABSTRACT

Research lines of what is understood should be intellectual work, in military justice for the next few years, on the understanding of consolidating it academically are proposed, in order to build an exportable Peruvian concept of said special jurisdiction, also taking into account its peculiarities, which originate in its location between the justice and national defense systems as well as in the Peruvian history.

I. INTRODUCCIÓN

Las presentes reflexiones buscan actualizar y desarrollar las que escribí hace siete años² en la publicación académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, con la distancia que da el tiempo y la indispensable objetividad a la que nos afiliamos.

En tal sentido, la justicia militar en nuestro medio y en general en varios estados del nuevo mundo, esa institución tan

preciosa para asegurar la disciplina y moralidad en los Ejércitos, lamentablemente se sobreentiende, ello “autoriza” a los aficionados a pronunciarse, haciendo abstracción de sus peculiaridades, principalmente de su cercanía a la Fuerza Armada como el barro a las botas de los soldados, según conocida frase, sin tener en cuenta que la Fuerza Armada, “alma de la Nación”, a decir de Hitler en “Mi lucha”,³ está unida al país como la violencia lo es a la historia de la cual es su partera, a decir de Karl Marx.

Panorama desalentador, pues existen no pocos que la tratan por tener tribuna frente a ciudadanos desinformados y que obviamente no reparan en las imprecisiones incurridas, concretamente en ciertos medios de comunicación social, que muchas veces no son caja de resonancia de la opinión pública, sino que la forman. Es como si el micrófono o la pluma otorgaran una erudición que podríamos denominar adhesiva; resultando pues cuestionable tal proceder.

II. DESARROLLO

Pero eso no es sólo un problema peruano, ni siquiera de la época actual. Siempre ha habido un marcado prejuicio respecto de la justicia castrense y de las Fuerzas Armadas en general, como lo dijera el periodista, líder de la izquierda parlamentaria y Primer

de Comando, Ex Secretario Técnico del Foro Interamericano sobre Justicia Militar y Derecho Operacional, Profesor universitario en distintos doctorados, maestrías y diplomados en el país. Autor de diversos artículos en la Revista “El Jurista del Fuero Militar Policial”. Mayor General FAP en situación militar de retiro desde el 01 de enero de 2020.

2 GILES FERRER, Arturo Antonio: “Apuntes para un estudio acerca de la justicia militar en el Perú”, en El Jurista del Fuero Militar Policial, número 2, noviembre 2013, 89-98.

3 HITLER, Adolf: “Mi Lucha”, Tomos I y II, Editorial Seckerand Warburg, Alemania. La cita no impide mostrar nuestro desacuerdo con la pobre visión de la vida y del hombre que se describe en la mencionada obra.

Ministro de la Tercera República francesa, Georges Clemenceau: “la justicia militar es a la justicia lo que la música militar es a la música” y la escritora chilena Isabel Allende, de gran auge en su país: “la guerra es la obra de arte de los militares, la coronación de su formación, el broche dorado de su profesión. No han sido creados para brillar en la paz”.

Estas expresiones, aunque un tanto adornadas de poesía, como señala el Contralmirante chileno Cristian Araya⁴, “(...) contienen una verdadera diatriba contra los militares, porque ellas significan que los militares quieren la guerra y no la paz, que los militares quieren la muerte y no la vida. Ello equivale a decir que el médico quiere y busca la enfermedad porque se ha preparado toda la vida para superarla, o que el abogado quiere y busca la injusticia porque se ha preparado toda la vida para luchar contra ella. Ello no es así: los militares nos preparamos para evitar la guerra y preservar la paz; para defender la vida y evitar la muerte, que no sea aquella propia, que estamos obligados a ofrecer en defensa de la Patria”.

En realidad, el asunto castrense resulta complejo, como lo expresa José Ortega y Gasset⁵ en su libro “España invertebrada”: “Medítese sobre la cantidad de fervores, de altísimas virtudes, de genialidad, de vital energía que es preciso acumular para poner en pie un buen ejército. ¿Cómo negarse a ver en ello una de las creaciones más maravillosas de la espiritualidad humana? La

fuerza de las armas no es fuerza bruta sino fuerza espiritual. Sólo quien tenga de la naturaleza humana una idea arbitraria tachará de paradoja la afirmación de que las legiones romanas y como ellas todo gran ejército, han impedido más batallas de las que han dado. El prestigio ganado en combate evita otros muchos, y no tanto por el miedo a la física opresión, como por el respeto a la superioridad vital del vencedor”.

El ejército profesional, es un ejército disciplinado, seriamente comprometido con el respeto irrestricto a los Derechos Humanos y a las reglas del Derecho Internacional Humanitario, en clave de “República democrática, social, independiente y soberana”, como preceptúa el artículo 43º constitucional que se aspira para el Perú, para que esa “continuación de las relaciones políticas por otros medios”, a la que el alemán Karl Von Clausewitz llamaba Guerra y los especialistas conflicto armado, sea lo más humano posible. Conviene aquí citar a un excelente militar y además el mejor cultor de las letras hispanas. Me refiero a don Miguel de Cervantes Saavedra, el Mancebo de Lepanto, quien siglos atrás dijera: “las armas tienen por objeto y fin la paz, que es el mayor bien que los hombres pueden desear en esta vida”. Nunca olvidemos que sin disciplina no hay orden, sin orden no hay seguridad, sin seguridad no hay crecimiento económico, sin crecimiento económico no hay desarrollo y precisamente para asegurar la disciplina está la justicia militar: sólida, independiente y autónoma.

4 ARAYA ESCOBAR, Cristián: “Bases jurídicas del nuevo código de justicia militar de Chile” en *El Jurista del Fuero Militar Policial*, publicación académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar Año V, número 7 / julio 2016, Lima, IMAGIDEAS.COM, página 116.

5 ORTEGA Y GASSET, José: “España Invertebrada”, Espasa Libros, S.L.U. Barcelona, 176 pp.

Como lo expresara quien esto escribe, la “legitimidad democrática de la justicia militar se deriva de la propia legitimación democrática de la Constitución, en la que ésta se entroniza. De ahí se desprende que la justicia castrense se fundamente en la estricta sujeción al programa penal de la Constitución, a los principios constitucionales del proceso y al Sistema de Defensa Nacional, atendida la circunstancia que la teleología que la anima es la protección de bienes jurídicos colectivos, militares, como la disciplina, sin la cual no puede hablarse con seriedad de Fuerza Armada, en un contexto de respeto irrestricto de los derechos humanos de sus integrantes y al cumplimiento de los roles constitucionales de las Fuerzas Armadas, los cuales apuntan a garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, que de acuerdo a lo expresado, se postula para el Perú.

Es del caso puntualizar la importancia del nexo entre el principio de separación de poderes y la justicia militar. Al primero se le reconoce en la actividad estatal ordinaria funciones de muy diferente naturaleza material que si bien en su formulación clásica eran reconducibles a tres: legislar –legislativa-, gobernar con arreglo a ley –ejecutiva- y resolver los conflictos que pudieran

suscitarse en la aplicación e interpretación de las leyes –judicial– actualmente, la Teoría del Estado nos enseña que el Poder, elemento del Estado, está distribuido en órganos que son mucho más que tres, los cuales se controlan entre sí –control interórgano– y al interior de cada uno –control intraórgano–, de acuerdo con la conocida tesis de Karl Loewenstein en su “Teoría de la Constitución”⁶. Para el caso peruano, el Estado Constitucional, tiene base en la Constitución Política del Perú de 1993, concretamente en el artículo 43° del Título II: “Del Estado y la Nación”, donde se preceptúa que el gobierno se organiza según el principio de la separación de poderes.⁷

De otro lado, la potestad de administrar justicia que, a decir, del primer párrafo del Art. 138°⁸ del código político peruano, emana del pueblo y podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que ese baño de legitimidad, indispensable en democracia, se aplica también a la justicia militar, debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos. Ante la superación de la barbarie, propia de los estados fallidos, que significa hacer justicia por mano propia –salvo en los casos de legítima defensa, estado de necesidad o de derecho de retención–, corresponde al Estado en “El Contrato Social” de Juan Jacobo Rousseau⁹, resolver las controversias

6 LOEWENSTEIN, Karl: “Teoría de la Constitución”, Ariel, Barcelona, 1986, 628 pp.

7 Expediente No 0023-2003-PI/TC. La doctrina de la separación de poderes, que fue esbozada por John Locke, expuesta por Carlos de Secondat Barón de Montesquieu en su importante obra “El espíritu de las leyes” y la Brede y complementada en el siglo XX por Karl Loewenstein en su “Teoría de la Constitución”, tiene por esencia evitar, entre otras cosas, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice función jurisdiccional y con ello desconozca derechos y libertades fundamentales.

8 Art. 138°.- “Función jurisdiccional.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.”.

9 ROUSSEAU, Juan Jacobo: “El contrato social”, Mercurio S.A., Lima, 148pp.

que surgen entre los ciudadanos. En dicho contexto, el justiciable tiene la posibilidad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado –que debe ser siempre autónomo–, para que se le haga justicia. De ahí se colige con claridad meridiana, que los caracteres indispensables para el ejercicio de la función jurisdiccional son exclusividad, independencia, responsabilidad, unidad, observancia del debido proceso, publicidad y cuanto enumera el Artículo 139° de nuestra Carta”¹⁰.

No obstante las similitudes relativas a la protección a los derechos humanos de quienes están sometidos a proceso, lo que se expresa en el cambio del modelo inquisitivo al acusatorio contradictorio¹¹ en ciertos países de la Región y que no pocos estudiosos denominan más bien, adversarial y para otros es simplemente acusatorio, pero más allá de las etiquetas, hay significativas diferencias con la justicia ordinaria, toda vez que ésta prioriza cuando menos formalmente al reo, a quien debe reeducar, rehabilitar y reincorporar a la sociedad, como preceptúa el Inciso 22 del Artículo 139° de la Constitución peruana¹², en tanto que para la jurisdicción castrense el énfasis está en el poder militar del país, a asegurar a cualquier precio. Ello es importante a tener

en cuenta para ensayar un análisis objetivo de la jurisdicción castrense en la Región Andina.

Asimismo, la opción de jurisdicción castrense que asume un país está en función de su tratamiento de la Fuerza Armada. Así, en la República democrática, hay dos formas de concebir al Ejército: administrativista e institucionalista. Es propio de la caracterización administrativista de las Fuerzas Armadas, situarlas en órganos ejecutivos del Gobierno en particular y del Ministerio de Defensa en concreto, sin autonomía. Es el caso de aquellos estados que perdieron guerras importantes piénsese en Alemania o Japón y en nuestro continente de Argentina así como de los países que sin haber perdido quedaron devastados, tal el caso francés, que la reducen significativamente cuando no la desaparecen; lo que polariza con la caracterización institucionalista que tiene una lectura institucional de los ejércitos, que incluye una cierta autonomía normativa, que es a la que alude el Art. 168°¹³ constitucional, lo que refuerza a la jurisdicción castrense. En nuestro país, tal concepción se confunde con la administrativista aludida en las diversas leyes que se han dado para el Ministerio de Defensa, así como en la Ley de Organización y Funciones del Ministerio

10 GILES, Arturo, obra citada, páginas 90 y 91.

11 Aunque no todo el inquisitivo es negativo, pues como recuerda el profesor Carlos Ramos Núñez, éste aporta la instancia plural, como el acusatorio trae el principio de publicidad.

12 Priorización que en el fondo sólo es formal, pues las cárceles están superpobladas, los internos hacinados y se constituyen en escuelas de post grado de la delincuencia y no son responsabilidad del Poder Judicial como insinúa nuestra Constitución sino del Ejecutivo.

13 Art. 168°.- “Organización y funciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. - Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas según las necesidades de la Defensa Nacional, de acuerdo a ley”.

de Defensa, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1134 de 09 de diciembre de 2012, que trata al Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea como órganos ejecutores del Ministerio de Defensa, que es un apéndice del Gobierno. Empero hay mención a éstas en el Art. 165^o14.- de la Constitución peruana, no así al Ministerio de Defensa.

De otro lado, los derechos militar y penal militar, así como la jurisdicción privativa han sufrido en su aplicación, distintos y fluctuantes contextos históricos, jurídicos, políticos y sociales, que han determinado los diferentes roles de las Fuerzas Armadas, propios de países subdesarrollados.¹⁵

Ello encuentra justificación en las conflictivas y en algunos estados, irresueltas relaciones civiles castrenses que fueron una constante en la historia de nuestros países¹⁶ y en la pobre acogida que tiene en las universidades del país el tratamiento del derecho militar. Las publicaciones nacionales relativas a la jurisdicción castrense resultan insuficientes y tienen su origen en juristas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Nacional de Trujillo, Defensoría del Pueblo, Instituto de Defensa Legal y el Consorcio Justicia Viva. Tales investigaciones apostaban por la desintegración de la jurisdicción privativa en tiempo de paz¹⁷.

14 Art. 165°.- "... Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea..."

15 Es útil mencionar, que, en el Perú, el Dictamen No 08 de fecha 25 de septiembre de 2007, aprobado por unanimidad por la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas, cuya presidenta era la Congresista Mercedes Cabanillas de la Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA), tomó en cuenta el aspecto de las coyunturas políticas. p. 3.

16 Que tendrían que ser objeto de un análisis que, por razones de contexto, no corresponde hacer ahora.

17 Los siguientes son, enunciativamente, los principales estudios e investigaciones en materia de jurisdicción militar: ABAD YUPANQUI, Samuel, Garantías Constitucionales: delimitando las fronteras de la justicia militar. En: Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo N° 1. Lima, setiembre de 1998. AZA-BACHE, César. Sobre la pena de muerte. En: La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 10. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994. De nuevo la justicia militar. En: La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 10. Lima: Comisión Andina de juristas, 1995. BERNALES BALLESTEROS, Enrique, Comentarios a la Constitución Política del Perú, RAO, Lima, 1999. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, El Juzgamiento de civiles por los tribunales militares: Transgresión del derecho a ser juzgado por un Tribunal competente, independiente e imparcial. El Caso Cantoral Benavides. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 4, Número 15, mayo 2002. CARPIO MARCOS, Edgar, La cláusula de la pena de muerte en una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Violación de la Convención y responsabilidad Internacional-. En: Apuntes de Derecho. Año I, N° 1. Lima: Editorial "San Marcos", octubre 1996. CARRUITERO LECCA, Francisco, Rogger: "La Jurisdicción Militar en el Perú: Desarrollo histórico y problemática actual", Toledo, España, 2010, 213 pp., DE BELAUNDE, Javier. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú. En: Meta política. Volumen 2, Número 7. México, julio - setiembre de 1998. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú. Serie Informes Defensoriales Informe N° 6, 57, 64, 66, 104. DONAYRE MONTESINOS, Christian. Una propuesta frente a la crisis histórica del ejercicio de la jurisdicción militar en nuestro país y la necesidad de la adecuación de sus lineamientos a los parámetros de un Estado de Derecho. En: Revista Derecho & Sociedad. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XII, N° 17. Lima, diciembre 2001. Y otros estudios. ETO CRUZ, Gerardo. El Régimen Constitucional de la Justicia Militar en el Perú. En: Dereito. Revista Xurídica da Universidad de Santiago de Compostela. Vol. 5, N° 2. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1996. La Justicia militar en el Perú. Trujillo: Empresa editora Nuevo Norte S.A

Pero también los hay que apuntan a la permanencia de una institución que es incluso anterior a la República¹⁸, sustancialmente a cargo del ex Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM), el actual Centro de Altos Estudios de Justicia Militar y algunos pocos juristas nacionales.

En el Perú, debe tenerse en cuenta, asimismo, las sentencias del Órgano de control de la Constitución que ha dictado diez resoluciones erga omnes, las ocho primeras contrarias a la jurisdicción castrense. Recién, con la novena del 22 de diciembre de 2009, el Tribunal Constitucional mudó su

tendencia. La décima sentencia es la N°022-2011-PI/TC de 08 de julio de 2015, en la que se le quita a la justicia militar el conocimiento de los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, delitos, y eso es lo grave del tema, que tampoco están tipificados en el fuero común. En consecuencia, nuestra justicia militar, queda básicamente diseñada para el tiempo de paz. Ello sugiere ejercer nuestro derecho de formular análisis y críticas de las sentencias a que se contrae el Inciso 20 del Artículo 139° de la Constitución, a fin de la conveniencia de mantener este modelo que resulta concorde al principio de Supremacía constitucional y a

enero 2000. ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César y PALOMINO MANCHEGO, José F. La Jurisdicción Militar en el Perú. En: BIDART CAMPOS y PALOMINO MANCHEGO, José (coordinadores). Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde. Lima: Grijley, 1997. GALVEZ MONTERO, José Francisco, La Reforma de la Justicia Militar al compás de la Constitución. En: La Justicia Militar en el Derecho Comparado y en la Jurisprudencia Constitucional, Palestra. Lima, 2009. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, La Jurisdicción Militar en América Latina -la unidad de jurisdicción en algunos países del área-. En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVII, N° 13 Trujillo: Editorial Normas Legales, Octubre - diciembre 1997. HURTADO POZO, José -director- y DOIG DÍAZ, Yolanda -coordinadora-. La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2002. En este Anuario se publicaron los siguientes estudios: ASENCIO MELLADO, José María. Reflexiones en torno al proceso penal militar peruano. Un proceso inquisitivo. DOIG DÍAZ, Yolanda, La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción, en: La reforma del derecho penal militar. MEINI, Iván, Observaciones en torno a la Parte General del Código de Justicia Militar. PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos, evolución legislativa de la justicia militar en el Perú, la Reforma del Derecho Penal Militar. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, El Ministerio Público en la Justicia Militar. SANDOVAL, Juan Carlos. Legislación de emergencia y especialidad del delito militar. SAN MARTÍN CASTRO, César. Algunos aspectos de la justicia militar -a propósito del caso peruano-. LOVATÓN, David, Jurisdicción Militar: Una cuestión de principios. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1998. MEINI, Iván, Objeciones al Proyecto de Código de Justicia Militar. En: Legal Express. Año 3, N° 36. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2003. MORALES SARAVIA, Francisco, Comentarios sobre la sentencia de Hábeas Corpus a favor de Gustavo Adolfo Cesti Hurtado y las consecuencias de su tardío cumplimiento por el Consejo Supremo de Justicia Militar. En: Dialogo con la Jurisprudencia Número 14. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre 1999. RIVERA PAZ, Carlos, Justicia Militar y Derechos Humanos. Lima, junio 2001 -separata-. SÁENZ DÁVALOS, Luis. Jurisdicción común vs. Jurisdicción militar -Reflexiones sobre la controversia funcional-. En: Lecturas sobre Temas Constitucionales 15. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990. SAN MARTÍN CASTRO, César. Apuntes en torno a la jurisdicción castrense. En: Revista Jurídica del Perú. Año LII, N° 37, agosto 2002. SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús. Hacia una reforma de la Administración de justicia en el fuero privativo militar. En: Revista del Foro. N° 2. Lima: Dirección de Comunicaciones en Informática Jurídica, 2001.

18 Cfr. CARRUITERO, LECCA, Francisco, **La reforma de la justicia penal militar en el Perú: una mirada a los límites a la libertad de configuración penal del legislador y los recientes cuestionamientos al fuero militar**, En Jus Constitucional No 4 Grijley, Lima, 2008. GUTIERREZ, Gustavo. Justicia Militar: una posición en defensa de las competencias del Congreso de la República. En Jus Constitucional No 4. Grijley, Lima, 2008. RAMOS ESPINOZA, Juan Pablo, Derecho Penal y Procesal Militar, Ediciones Jurídicas, Lima, 2005.

la autonomía de tipificación del Congreso, teniendo en cuenta las particularidades de esta jurisdicción especializada, conceptualizando los intereses jurídicamente relevantes a proteger en sede penal militar, que son sustancialmente colectivos y tienen que ver directamente con los roles constitucionales de la Fuerza, lo que a su vez hará posible diferenciar el injusto militar según los diferentes ordenamientos¹⁹, de la falta disciplinaria.

Menos aún, la historia puede dejarse de lado, pues en ella las instituciones actúan en circunstancias muy concretas, que son resultado de circunstancias anteriores y que producirán, a su vez, circunstancias futuras.

Desde esa perspectiva, los sucesos históricos son relevantes a fin de tener una correcta inteligencia, de esta jurisdicción especial. Desde esta perspectiva, el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar ha avanzado bastante, pues ha producido tres tomos de “La Justicia Militar en la Historia del Perú”²⁰ que van desde antes de Roma hasta el Código de justicia militar de 1950, pero queda pendiente, tal vez, la etapa más importante, la de su uso por el Poder Político como vía de evitamiento, que es precisamente la que determina porqué la justicia militar “es como es y hacia dónde va, pues la historia, maestra de la vida como diría Cicerón, obliga a reconstruir momentos

de la justicia militar no conocidos, con el propósito de mejor comprender la realidad militar actual y la ubicación en la organización de nuestros estados, de una institución que ha pervivido a lo largo de la República, desde que la autoridad, al colocar las bases de la teoría clásica de la separación de poderes, reconoció la existencia de los fueros ordinario, militar, universitario, de indios y eclesiástico distinción que fue ratificada en constituciones peruanas posteriores, fueros que hoy se batan en retirada pues al ser personales, colisionan con el principio de igualdad ante la ley.

Los fueros corresponden a una forma de organización del poder que es previa al estado moderno, anterior al constitucionalismo, se sustentan en la organización estamental de la sociedad, donde los derechos y obligaciones de las personas se definían en función de su pertenencia a determinada corporación o estamento y no a su condición de sujetos libres e iguales. El único fuero que ha sobrevivido es el parlamentario y no en todos los países. En Colombia, por ejemplo, no existe la inmunidad parlamentaria²¹. Por ello, hoy resulta discutible hablar con propiedad de un fuero militar porque es un concepto medieval, anticuado y poco feliz, pese a que, literalmente, la Constitución peruana se refiere a él en el artículo 173^o²².

19 Lo expresado en este párrafo puede resultar de aplicación también para los sistemas de justicia militar de los países de América.

20 El tomo I publicado en el 2017 bajo la autoría del profesor José Francisco Gálvez Montero, que va hasta el Consejo Supremo de Guerra y Marina en 1899, 268 páginas, los tomos II y III a cargo del Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo, páginas 428 y 465, respectivamente.

21 Y en el Perú la inmunidad parlamentaria extendida indebidamente a los magistrados del Tribunal Constitucional, se bate en retirada.

22 GILES, Arturo: Obra citada, página 94.

En realidad, es sólo un problema semántico, desde que la competencia de la justicia militar peruana está directamente vinculada al delito de función de acuerdo con el Art.173^{o23} de la Constitución peruana. Por ello, más técnico resulta aludir a la expresión jurisdicción militar que es una jurisdicción especial.

Como se indica en la página 9 del Informe Defensorial N° 6²⁴, “la existencia de un ordenamiento jurídico militar autónomo...” y diferente pero siempre subordinado al ordenamiento jurídico nacional es y ha sido la constante en las “sociedades a lo largo de la historia.” Por ello, los antecedentes históricos constituyen un inteligente punto de partida y pretenden ofrecer una visión global de la justicia castrense, particularmente en lo relativo a la competencia y composición orgánica de sus tribunales.

Históricamente y para hacer breve el asunto, la justicia militar peruana, como la de otros estados del continente americano, es una herencia de la justicia militar española del siglo XIX, que era una justicia castrense inquisitiva, poco profesional, administrada por oficiales de armas, basada en el indubio pro disciplina, irrespetuosa del principio de legalidad, utilizada muchas veces por la parte política como vía de evitamiento para hacer control social, desprestigiada, tratada por los Institutos Armados como patio trasero, donde se enviaba a los

oficiales de armas menos caracterizados, como un caramelo a quienes estaban próximos a pasar a la situación militar de retiro. Esto es a la evidencia, penosamente cierto.

Y esto llegó a su punto más álgido durante el Gobierno del presidente Fujimori, en que incluso se le encargó la investigación y juzgamiento de civiles que cometían el denominado delito de terrorismo agravado y robos en banda. Cuando aparecieron los llamados “vladivideos”, el régimen fujimorista se desmoronó y se alzaron voces contra las Instituciones instaladas en la Constitución peruana de 1993 y contra la propia Constitución. Obviamente, la justicia militar no era una excepción, llegando a cuestionar hasta su propia existencia. Se declaró la inconstitucionalidad de las leyes que otorgaban a la jurisdicción castrense competencia para juzgar civiles y por hechos punibles diferentes al delito de función y por ende nulos dichos procesos, sin embargo, dato curioso, ningún condenado salió en libertad.

Así las cosas, o la justicia militar cambiaba o desaparecía y decidió cambiar. Hoy se cuenta con una justicia militar policial profesional, administrada por abogados con grado militar o policial, integrantes del cuerpo jurídico militar, en el marco de un proceso acusatorio, respetuoso del debido proceso legal, teniendo en el vértice superior a la Sala Revisora²⁵ integrada,

23 Art. 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...”.

24 DEFENSORIA DEL PUEBLO, “Informe Defensorial No. 6, Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú”, Lima: Editorial Trama Azul Editores, 1998.

25 El Poder Judicial, a través de la Corte Suprema conoce exclusivamente de contiendas de competencia entre el Fuero Común y el Militar y cuando se aplica la pena de muerte por traición a la patria, supuesto este último inviable constitucionalmente, de acuerdo a los artículos 141° y 173° de la Constitución, artículos 3° y 4° de la Ley.

exclusivamente, por Generales y Almirantes en retiro²⁶, sin relación de subordinación alguna con las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y constreñida, exclusivamente, a delitos de función imputados al personal militar o policial en situación de actividad.

Cierto es que el cambio de las leyes no importa necesariamente cambio en el esquema mental de los operadores jurisdiccionales y fiscales. Concretamente, en el trabajo de no pocos, se advierten rezagos del viejo sistema inquisitivo.

Urgen, pues, aproximaciones profesionales sobre la jurisdicción castrense peruana, en especial y andina, en general, en estricta sujeción a los derechos humanos en clave democrática, en función de su devenir histórico, pero con una lectura actual, para nuestros países. Hay ciertos trabajos sobre la jurisdicción castrense, empero carecemos de una caracterización peruana y continental²⁷ y hoy es urgente asignar contenidos a nuestros códigos castrenses, trabajar sobre sus problemas de aplicación, concretamente

en lo relativo al proceso acusatorio, ordenar el trabajo de los colegiados castrenses y la doctrina jurisdiccional en materia penal militar, que oriente la actuación de los operadores jurisdiccionales y jurisdiccionales requirentes de la justicia castrense, cuya aprobación para el caso peruano, corresponde al Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial con arreglo a lo preceptuado por el Inc.6 del Art.5^{o28} de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, modificada por la Ley 29955 de 06 de diciembre de 2012 y del Pleno del Tribunal Supremo Militar Policial, para los acuerdos de doctrina jurisprudencial, a que alude el Art.8^{o29} de la citada Ley de Organización, aun cuando esto último debería ameritar estudios más profundos para determinar los límites de la doctrina y el órgano competente para producirla.

Asimismo, es indispensable el tratamiento de la jurisdicción castrense en los distintos sistemas que ofrece el Derecho extranjero. En efecto, parafraseando a Fernández Segado³⁰, el estudio extranjero

26 Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, aprobada por Ley 29182, modificada parcialmente por la Ley 29955.

27 Al respecto, es útil y justo mencionar que en el Perú se hacen importantes esfuerzos en este sentido, precisamente a cargo del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar que ha venido realizando eventos nacionales e internacionales, cursos de capacitación, hasta tres publicaciones que contienen interesantes estudios al respecto, empero todavía éstos resultan insuficientes y el mismo panorama se puede apreciar en los países del continente.

28 Art. 6º.- Inc. 5 “Aprobar la doctrina jurisdiccional en materia penal militar policial, que guía el accionar de los operadores jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar Policial”.

29 Art. 8º.- “Naturaleza y sede.- El Tribunal Supremo Militar Policial es el máximo órgano jurisdiccional del Fuero Militar Policial. Su sede es la ciudad de Lima. Para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal Supremo Militar Policial se organiza en una Sala Suprema Revisora, una Sala Suprema de Guerra y una Vocalía Suprema. Actúa como Pleno para los acuerdos de doctrina jurisprudencial. Por acuerdo de Sala Plena, a propuesta de su presidente, se podrán constituir otras Salas en función de los asuntos que le sean sometidos a su consideración”.

30 FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “La Jurisdicción Militar en la Constitución española 1978. Su organización y ámbito competencial”. En *Jurisdicción Militar y Constitución Iberoamericana*. Grijley, Lima, 1997.págs. 131 a 232, pág. 132.

de las instituciones jurídicas resulta de la mayor importancia como lo sostienen Biscaretti³¹ y Sánchez Agesta³² entre otros autores, atendida la circunstancia que conjuntamente con este rol formativo, la comparación cumple otras finalidades que van desde la elaboración de un concepto tipo o de un modelo –no olvidemos que ya el estagirita estudió los textos constitucionales de la antigüedad, comparándolos para inferir de sus tópicos una caracterización axiológica que posibilitara la construcción de un modelo de constitución perfecta– hasta obtener lo que se suele llamar un contraste de particularidades –el autor de “El espíritu de las leyes”, comparaba para una mejor comprensión de las particularidades de las instituciones de diferentes estados–, teniendo en cuenta que el estudio comparado es particularmente valioso de cara a repensar creativamente las instituciones, según la fuente de Pablo Lucas Verdú³³. El aporte del Derecho Comparado en clave de política legislativa, o sea, de la nomotética, es importante, atendida la circunstancia de que el conocimiento de la legislación e institutos de países con modelos análogos resulta indispensable en orden a hacer frente a los retos que se expresen en nuestros sistemas jurídicos y, particularmente, en lo relativo a la jurisdicción privativa.

Tal estudio, tiene que llevarse a cabo de cara a la jurisdicción castrense hispana, sin copiarla. No caigamos en lo que el profesor José Hurtado Pozo criticaba en su libro “La Ley importada”. Nuestro país, como se expresó, adoptó el sistema gaditano, tan es así que la abrogada Ley No 28665 de Organización y Funciones de la Jurisdicción Especializada en lo Militar Policial, del año 2005, bebió de la justicia castrense de la madre patria, creando una Sala Suprema Militar al estilo de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de España, influenciado, a su vez, por el sistema italiano, según la fuente de Rodríguez Villasante³⁴. No obstante, lo cual, tal ley fue expulsada del ordenamiento jurídico por el Guardián de la Constitución.

Empero, constitucionalmente, las diferencias son sustanciales y saltan a la vista, pues el principio de unidad tanto en España cuanto en nuestro país, está contenido en las dos normas fundamentales, pero con teleologías diferentes. Con relación a la función judicial, en estrictez jurídica, tal mandato de optimización en términos de Manuel Atienza, constituye el cimiento de la organización y funcionamiento de los colegiados. En cuanto a los operadores de dicha jurisdicción, constituyen un cuerpo único y los uniformados su estatuto jurídico

31 BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: “Introducción al Derecho Constitucional Comparado” (Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas), Fondo de Cultura Económica, México, 1975, pág. 14.

32 SÁNCHEZ AGESTA, Luis: “Curso de Derecho Constitucional comparado”, 5ª ed., Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1973, pág. 21.

33 LUCAS VERDÚ, Pablo: “Curso de Derecho Político”, Editorial Tecnos, vol. I, Madrid, 1972, pág. 415.

34 RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: “Estudio de Derecho comparado sobre la organización de la jurisdicción militar en diversos países”, en Revista Española de Derecho Militar (en adelante REDEM), N° 53, enero-junio 1989, tomo I, págs..57 y sigs.; en concreto, pág. 63.

particular, pero conectado en el vértice superior al Poder Judicial mediante el recurso de casación como lo proclama el citado Art.141^{o35} concorde con el Art.173^{o36} de la Constitución Peruana y que, como se sabe, no es otra cosa que un rezago del llamado Estado de Derecho francés.

No escapará a la comprensión del lector atender, que tanto nuestro país como los de la región andina se ubican en el sistema euro continental al igual que Italia y España, que posibilita la presencia de colegiados castrenses permanentes. Aquí se justifica por el particular contexto sociopolítico con elementos subversivos de Sendero Luminoso, en el Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro. En el país del norte, la existencia de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, aún con la llamada “justicia transicional”, le ha permitido desarrollar su derecho operacional. Asimismo, resulta indispensable reflexionar acerca de los sistemas de jurisdicción castrense más importantes, entendiendo en algunos casos los motivos de su desaparición. Los dedos de las manos sobran para contar a los países que, teniendo Fuerzas Armadas, carecen de algún sistema de investigación y eventual sanción penal de los uniformados.

Asimismo, debe entronizarse a nuestras justicias militares en el Sistema de

Defensa Nacional de nuestros países y tener en cuenta la autonomía de que gozan los congresistas para, en el marco de la Constitución, legislar en materia penal y vincular los injustos militares con el Sistema de Defensa Nacional en clave de las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas. Asimismo, debe desarrollarse conceptualmente el bien jurídico “potencial bélico de la nación” y el tratamiento que los tribunales constitucionales u órganos equivalentes en los diferentes países del continente han dado a los delitos de función o militares. En el Perú, por ejemplo, la justicia militar no depende del Poder Ejecutivo ni del Judicial, sino que forma parte integrante tanto del Sistema de Defensa como del de Justicia, de ahí sus particularidades. Como se expresó, el desarrollo necesita del crecimiento económico y este último sólo se da en un ambiente de seguridad y orden, para lo cual se necesitan Fuerzas Armadas y Policiales disciplinadas y es ahí donde interviene la justicia militar, para prevenir y asegurar esa disciplina así como sancionar su quebrantamiento.

En nuestro país, tratamiento adicional amerita la Ley 29955 de 06 de diciembre de 2012, modificatoria, parcialmente, de la Ley 29182 Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial con objetividad y lejos de las pasiones de la hora actual.

35 Art. 141º.- “Casación.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173º.”

36 Art. 173º.- “Delitos de función.- En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”.

Viene quedando meridianamente claro que nuestras justicias militares no son un invento moderno, tampoco son la creación de genio alguno; no son minerva armada del cráneo de Júpiter; lo nuestro es el resultado de un largo y lento proceso de evolución. No es expresión de arbitrariedad ni de exceso. La jurisdicción castrense es una vetusta institución que ha sobrevivido a los cambios imperantes en el país y si en algunos países y en ciertas ocasiones, la parte política hipertrofió sus competencias, ello no fue su responsabilidad. Siempre pretendió la preservación del orden, disciplina y moralidad en los cuarteles.

“Su naturaleza jurídica es esencialmente ejemplarizadora y sus principios rectores son generalmente uniformes en los países que tienen fuerzas armadas y policía militarizada”³⁷. Hay estados que, al no tener Fuerza Armada, tampoco tienen justicia militar, como en los casos de Costa Rica, Panamá, Haití entre otros.

De otro lado, dentro del noble menester de administrar justicia están los operadores de la justicia militar en su misión excepcional y constitucional de aplicar los códigos a los castrenses y eventualmente policías que cometen delito de función o delito militar según los ordenamientos. Dada la trascendencia de la finalidad primordial de las fuerzas armadas y el fin fundamental de las policías nacionales, esta jurisdicción tiene un buen nivel que no debe perder, toda vez que los que están a cargo, poseen la certeza de servir al país al que

en última instancia se deben, en función de una delegación dada por la sociedad y como garantía de acierto y justicia. Así, esta jurisdicción preserva la disciplina, la moralidad y el orden en las fuerzas armadas y en la policía nacional y ante la sociedad es garantía plena de tal cometido, actuando con criterio de hoy y no de ayer.

El magistrado militar pues, ejerce una de las más nobles profesiones. Es en realidad el guardián de la disciplina y moralidad en las FFAA, pues no puede haber fuerza armada sin justicia militar, ergo: ni una, ni otra sin el concurso de los magistrados militares, binomio históricamente inseparable, por lo tanto, la función del magistrado militar no necesita ser demostrada, ya que es evidente por sí misma.

“De otro lado, la independencia de los magistrados civiles o militares que están en la situación militar o policial de actividad, como la de cualquier magistrado del fuero común, debe encontrarse en última instancia, es decir, antes que en las leyes o en las Instituciones que por ser hechuras humanas resultan imperfectas, en su propia conciencia y en la rectitud de ánimo de las fuerzas políticas que deben ver en el juez, el último bastión en la preservación del estado de derecho constitucional”³⁸.

Bienaventurados quienes tienen hambre y sed de justicia dice el Galileo en el Sermón de la Montaña y para saciarlos el magistrado militar policial, impregnado por la geometría moral de las líneas verticales, con el coraje de la verdad como diría el

37 GILES, Arturo, obra citada, página 97.

38 Idem.

viejo Hegel, está llamado a ser un sacerdote de la justicia a través de los evangelios de la ley, ya que su responsabilidad es terrible, habida cuenta de la variedad de casos y situaciones que se presentan y porque, además, sienta jurisprudencia y en el Perú el Tribunal Supremo Militar Policial, cuya sobria y monumental arquitectura es un homenaje a la norma jurídica hecha ley y aplicada justicieramente, es la sede en la que se administra esta justicia militar policial al más alto nivel.

“Una correcta inteligencia de la necesidad de la Justicia Militar en el mundo, pasa por entender que existen fusionadas dos sociedades diferentes pero complementarias, la sociedad de la igualdad y la libertad en la que actúa el Juez Civil y la sociedad de la obediencia en la que opera el Juez Militar preservando la jerarquía, la disciplina, la eficacia operativa, la integridad institucional, los deberes militares y policiales, el potencial bélico de la nación y la fidelidad a la función militar policial”³⁹, por ello la concebimos como “Justicia que forja Disciplina”, aun cuando hay quienes cuestionan esta expresión, por cuanto la disciplina no es lo único que se preserva en la jurisdicción castrense.

Las justicias militares de los estados de la Región Andina, por encima de las diferencias de todo tipo, culturales, jurídicas, sociales, institucionales, etc., enfrentan problemas y rechazos similares, provenientes

de quienes pretenden su desaparición o reducción, pero también existen objetivos comunes como su razón de ser, ya que en casi todos los estados del mundo, ellas mantienen el potencial bélico de la nación, entendido en el más amplio sentido de la palabra y en relación con el cumplimiento de las misiones que las constituciones políticas de los estados asignan a sus fuerzas armadas y policías nacionales.

Como se aprecia pues, se ha avanzado bastante, nuestra justicia militar se está asentando en los entornos nacionales y es reconocida por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; además, suma a su antigüedad no solamente la adquisición de conocimientos, lógica consecuencia del transcurso del tiempo transcurrido, más importante aún, su adaptación a las nuevas misiones de los Ejércitos con liderazgo en la Región Andina, no obstante lo cual, los tiempos por venir exigen todavía más cambios estructurales si se quiere entrar en la galería mística del recuerdo y la gratitud de las generaciones postreras, la responsabilidad es pues terrible, ya que lo contrario puede significar pasar a la historia como víboras cuya historia no recuerda y merecen su desprecio y olvido y ser, como diría Juan Vicente Ugarte del Pino en la introducción a su importante obra “Historia de las Constituciones del Perú”⁴⁰, “Capitanes que, en el naufragio ante la mirada consternada de los demás, se alejaban de la nave que se hundía irremediabilmente”.

39 GILES, Arturo, obra citada, página 97.

40 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente, “Historia de las Constituciones del Perú” Andina S.A., Lima 1978.

En ese orden de ideas, nuestras justicias militares vienen experimentando una importante transformación y un imperativo categórico kantiano las obliga a cambiar a la par de la evolución social, pues, de lo contrario, van a desaparecer y en la responsabilidad de sus operadores está garantizar a nuestros estados, justicias militares, independientes, autónomas, para asegurar los fines de honda raigambre histórica que fundamentan la existencia de las Fuerzas Armadas, en nuestras constituciones, consolidando de ese modo, reales Estados de Derecho Constitucional para los países del continente.

Y esto es así, porque “las instituciones a diferencia de los satélites, rara vez se quedan en el lugar en el que los diseñó su creador y nuestras justicias militares son un buen ejemplo de esa dinamicidad que nos muestran las instituciones del derecho público en su afán por adecuarse a los nuevos vientos”⁴¹, coadyuvando con ello al crecimiento de justicias militares modernas y estratégicas para nuestros estados y las sociedades en general.

“Finalmente, siendo como es, el mandato a término así como la efectiva responsabilidad de quienes vestimos uniforme, no sólo uno de los fundamentos básicos del sistema democrático, sino también aspiración proclamada en nuestras constituciones, resulta en consecuencia indispensable que todos, autoridades, funcionarios, profesionales, civiles y militares, policías, estudiosos, estudiantes, políticos etcétera, nos

preocupemos en asegurarle a nuestro país y a nuestro estado, una justicia militar sólida, independiente, autónoma, absolutamente respetuosa de los derechos fundamentales y notas características del debido proceso legal de militares y policías sin el cual nunca puede hacerse realmente justicia, pero severa frente a aquellos malos militares y policías, que felizmente son los menos, quienes animados por propósitos subalternos, ajenos a la moralidad o a la defensa de la legalidad, usan o pretenden usar los honores, grados, cargos, uniformes y armas que nos otorgan nuestra nación, para abusar o enriquecerse al calor de enardecidas pasiones, desvirtuando con ello, los fines de honda raigambre jurídica e histórica que fundamentan la existencia misma de las fuerzas armadas y policiales y nuestra justicia militar que no se entiende sin aquellas, pero cuya imagen jamás podrán ser dañadas por esos oscuros personajes cuyos nombres la historia de nuestro pueblo no recuerda y que merecen su desprecio y olvido”⁴², que transitan como víboras por la puerta falsa de la historia de nuestra nación debiendo ser condenados a la estigmatización permanente, sin los honores y pensiones que el estado les asigne y quedar sujetos al proceso y eventual sanción penal que les corresponda según las leyes respectivas, parafraseando a Hamilton, Madison y Jay, en su famosa obra intitulada, “El Federalista”.

Cada perspectiva y análisis resulta de gran ayuda para reforzar y mejorar nuestra justicia militar; asimismo, invita a conocer nuevos enfoques sobre los criterios

41 GILES FERRER, Arturo Antonio: “Epílogo Oteando el futuro de la justicia militar en América”, II Foro Interamericano sobre justicia militar y derecho operacional, Lima, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, (2014), 122.

42 GILES, Arturo, “Apuntes para un estudio acerca de la justicia militar en el Perú”, página 96.

jurídicos del derecho operacional que encuentran complementariedad a la hora de fijar el marco legal de las operaciones militares y policiales, que tienen como fin garantizar la paz y la seguridad, ya que en un ámbito pluralista se pueden discutir finalmente los planteamientos y arribar a las mejores tesis para nuestro querido país. Debemos construir un “Derecho para la Paz” y en ese orden de ideas, resulta indispensable un ejercicio de reflexión colectiva con relación al tratamiento de la jurisdicción castrense en nuestro continente, que no obstante su antigüedad de más de quinientos años, genera siempre debate.

En el Capítulo 3 del Libro del Eclesiastés se dice y cito textualmente: “hay bajo el sol un momento para todo, y un tiempo para hacer cada cosa; tiempo para nacer y tiempo para morir, tiempo para plantar y tiempo para arrancar lo plantado; tiempo para matar y tiempo para curar, tiempo para demoler y tiempo para edificar; tiempo para llorar y tiempo para reír, tiempo para gemir y tiempo para bailar; tiempo para lanzar piedras y tiempo para recogerlas, tiempo para los abrazos y tiempo para abstenerse de ellos; tiempo para ganar y tiempo para perder, tiempo para conservar y tiempo para tirar fuera; tiempo para rasgar y tiempo para coser, tiempo para callarse y tiempo para hablar; tiempo para amar y tiempo para odiar, tiempo para la guerra y tiempo para la paz”. Hoy es tiempo de dar y de dar hasta que duela según conocida frase del malogrado mexicano Miguel Ángel

Cornejo, démosle a nuestra justicia militar, lo mejor de nuestra capacidad profesional.

El Derecho Militar, con la serenidad de su lógica concepción referida a las nuevas realidades de nuestro pueblo, cual cabeza de anciano apoyada en el índice, cabila con preocupación y sugiere la normatividad para así lograr que la aplicación de la justicia militar sea motivo de concordia y no de discordia entre nosotros, pues esto hace que los hombres y mujeres de Derecho comprendamos la trascendencia de incurcionar en el estudio de esas nuevas vivencias jurídicas que nos plantea un escenario en permanente cambio y para que la justicia militar que intentamos reforzar juntos, se proyecte a nuestro pueblo con sentido filial y que contribuya a unirnos, pero que lo haga de verdad, con esa verdad que sólo el Derecho posee y que se concretiza en auténtica justicia.

III. A MODO DE CONCLUSIONES

“Quisiera poder hacer la narración histórica de este esfuerzo, en esta epopeya, con función higiénica, con el valor purificador de una confesión, pero ello excede largamente las limitaciones de un artículo, además ni la ocasión ni el espacio asignado me permiten tal engolosinamiento”⁴³.

Termino parafraseando al historiador peruano Jorge Basadre⁴⁴ cuando dice “Hay temas para ser planteados y temas para ser agotados, temas que se horadan y temas que

43 GILES, Arturo, “Epílogo Oteando el futuro de la justicia militar en América”, II Foro Interamericano sobre justicia militar y derecho operacional, Lima, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, (2014), 124.

44 BASADRE, Jorge: Conversación con un grupo de profesores y alumnos del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 25 de junio de 1974

se vacían”. Pienso que los de la justicia castrense son del primer grupo.

Finalmente, Calderón de la Barca en “La vida es sueño”, dice: “sueño que estoy aquí, de estas prisiones cargado; y soñé que en otro estado más lisonjero me vi. ¿Qué es la vida? Un frenesí. ¿Qué es la vida? Una ilusión, una sombra, una ficción, y el mayor bien es pequeño; que toda la vida es sueño, y los sueños, sueños son”. Que los sueños de nuestros padres por un Perú fraterno, justo y unido, inspiren e iluminen nuestro camino, para actuar siempre con rectitud, altura y dignidad en

las luchas por la justicia, esa estrella polar que a veces resulta tan inalcanzable, en ese trabajo con frecuencia incomprendido, poco difundido y en solitario, en ese servir a la verdad, en ese jugar a ser Dios que significa administrar justicia, pero no importa, pues lo que se pierde en fama se gana en eternidad y ello permite entrar por derecho propio en la galería mística del recuerdo y la gratitud de las futuras generaciones. En esta empresa, en que, como anotaba Jefferson, “todos somos uno” y yo podría agregar, integrados por una visión común “la paz”.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAYA ESCOBAR, Cristián: “Bases jurídicas del nuevo código de justicia militar de Chile” en *“El Jurista del Fuero Militar Policial”*, publicación académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar Año V, número 7/ julio 2016, Lima, IMAGI-DEAS.COM página 116.
- BASADRE, Jorge: Conversación con un grupo de profesores y alumnos del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 25 de junio de 1974.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: “Introducción al Derecho Constitucional Comparado” (Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas), Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO, “Informe Defensorial No.6, Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú”, Lima: Editorial Trama Azul Editores, 1998. Expediente No 0023-2003-PI/TC.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “La Jurisdicción Militar en la Constitución española 1978. Su organización y ámbito competencial”. En *Jurisdicción Militar y Constitución Iberoamericana*. Grijley, Lima, 1997. Págs. 131 a 232.
- GILES FERRER, Arturo Antonio: “Apuntes para un estudio acerca de la justicia militar en el Perú”, en *El Jurista del Fuero Militar Policial*, número 2, noviembre 2013, 89-98.
- GILES FERRER, Arturo Antonio: “Epílogo Oteando el futuro de la justicia militar en América”, II Foro Interamericano sobre justicia militar y derecho operacional, Lima, Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, (2014), 117-126.
- HITLER, Adolf: “Mi Lucha”, Tomos I y II, Editorial Seckerand Warburg, Alemania.
- Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, aprobada por Ley 29182, modificada parcialmente por la Ley 29955.

LOEWENSTEIN, Karl: "Teoría de la Constitución", Ariel, Barcelona, 1986, 628 pp.

LUCAS VERDÚ, Pablo: "Curso de Derecho Político", Editorial Tecnos, vol.I, Madrid, 1972, pág. 415.

ORTEGA Y GASSET, José: "España Invertebrada", Espasa Libros, S.L.U. Barcelona, 176 pp.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: "Estudio de Derecho comparado sobre la organización de la jurisdicción militar en diversos países", en *Revista Española de Derecho Militar* (en adelante REDEM), N° 53, enero-junio 1989, tomo I, págs. 57 y sigs.

ROUSSEAU, Juan Jacobo: "EL contrato social", Mercurio S.A., Lima, 148pp.

SÁNCHEZ AGESTA, Luís: "Curso de Derecho Constitucional comparado", 5ª ed., Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1973, pág. 21.

UGARTE DEL PINO, Juan Vicente, "Historia de las Constituciones del Perú" Andina S.A., Lima 1978.

Julio César Coz Vargas¹

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL CUERPO GENERAL DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DEL PERÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ORÍGENES DE LA COMPAÑÍA DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DEL PERÚ; III. LEGISLACIÓN RELATIVA A LA COMPAÑÍA DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DEL PERÚ; IV. NORMATIVIDAD VIGENTE SOBRE JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA COMPAÑÍA DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DEL PERÚ; V. HÉROES Y MÁRTIRES QUE TAMBIÉN FUERON MILITARES O POLICÍAS.

RESUMEN

El autor nos habla sobre los orígenes de la Compañía de Bomberos Voluntarios del Perú, las leyes que rigieron su organización, las entidades que están a cargo de velar por su disciplina y lista una relación de sus héroes que fueron, también, militares o policías.

ABSTRACT

The author talks about the origins of Compañía de Bomberos Voluntarios del Perú (Company of Volunteer Firefighters of Peru), the laws that governed its organization, the entities in charge of ensuring its discipline and lists a list of its heroes who were also military or police.

1 Licenciado Julio César Coz Vargas, Brigadier (r) CBP, Compañía de Bomberos Voluntarios Internacional N° 14.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende dar a conocer algo de la historia de la creación de las instancias y funciones de la administración de justicia en el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú (CGBVP) y su desarrollo dentro de lo que hoy constituye el Consejo Nacional de Disciplina del CGBVP, cuya función es investigar, juzgar y sancionar las faltas o infracciones que cometan los bomberos voluntarios en el desempeño de sus funciones.

II. ORÍGENES DE LA COMPAÑÍA DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DEL PERÚ

Esta institución del pueblo peruano, cuyas siglas son C.G.B.V.P., se origina con la creación en el Perú de las dos primeras Compañías de Bomberos Voluntarios: una en el puerto de Paita (Piura), el 24 de noviembre de 1860 y, la segunda en el puerto del Callao, el 5 de diciembre de 1860. Posteriormente, tanto en Lima como en el Callao, se formaron otras Compañías de Bomberos Voluntarios con la finalidad de defender el litoral peruano ante la amenaza de la escuadra española, que venía de bombardear el puerto chileno de Valparaíso.

Durante el Combate Naval del 2 de mayo de 1866, entre las fuerzas patriotas y la escuadra española, cuyo afán era reconquistar sus antiguas colonias americanas, se inmolaron en el Torreón de La Merced, en la playa de Chucuito, el secretario de Guerra coronel José Gálvez Egúsqüiza y un significativo número de personas, entre ellos, el joven Antonio Alarco Espinosa, el primer bombero voluntario héroe del Perú.

A partir de entonces germinó el voluntariado en la población peruana y

extranjera afincada en el país, conformándose brigadas para combatir los incendios, fundándose varias Compañías que tuvieron una organización adecuada, con estatutos, reglamentos y cuadros directivos. Estas Compañías estaban conformadas por ciudadanos que tenían la condición de socios y que con su propio peculio adquirieron sus cuarteles, máquinas, equipos contra incendio, mangueras y uniformes.

III. LEGISLACIÓN RELATIVA A LA COMPAÑÍA DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DEL PERÚ

Desde su inicio, el Reglamento Interno de cada Compañía de Bomberos contemplaba una Junta de Disciplina o Comisión de Justicia, conformada por un Tribunal de Honor encargado de establecer los procedimientos para sancionar las faltas contra el orden y a la disciplina, cometidas por los socios activos de la Compañía, tanto en agravio de otros bomberos como del patrimonio de la Compañía. Es menester mencionar aquí, que después de los Institutos Armados y de la Policía Nacional, no existe otra institución que le dé tanta importancia a la disciplina como el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú. Ello, porque la disciplina es la primera palabra que debe aprender un bombero voluntario y la última que pueda olvidar.

Durante la dictadura militar de Velasco Alvarado, en 1973 se promulgó el Decreto - Ley N° 20235, "Ley Orgánica del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú", que disponía su incorporación dentro de la estructura estatal, este nuevo ordenamiento confiscando sus bienes y rentas, a mérito de este nuevo ordenamiento.

Reconquistada la democracia en 1980, mediante Ley N° 23449, de 3 de julio

de 1982, se derogó el Decreto - Ley N° 20235 y tres años más tarde, el 25 de enero de 1985, se dictó el Decreto Legislativo N° 324, “Ley Orgánica del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú”, el mismo que fue derogado durante el gobierno de Alberto Fujimori, dictándose la Ley N° 27067, de 11 de marzo de 1999, la cual continuó manteniendo al C.G.B.V.P. como entidad pública.

Posteriormente y a partir de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1260, publicado el 8 diciembre 2016, la institución bomberil ha retornado al ámbito de la actividad privada, de conformidad con la vigente Ley General del Voluntariado y demás normas aplicables.

IV. NORMATIVIDAD VIGENTE SOBRE JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA COMPAÑÍA DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DEL PERÚ

Con el paso de los años, la forma de administrar justicia y preservar la disciplina en los cuarteles y actos del servicio fueron perfeccionándose, hasta la aprobación, por parte del Comando Nacional del C.G.B.V.P., de un Reglamento Interno de Funcionamiento, aplicable a todas las Compañías de Bomberos a nivel nacional, las que hoy ascienden a 241 y albergan a 18,000 efectivos bomberiles en servicio; de los cuales más de 5,000 son de sexo femenino.

Hoy, el Consejo Nacional de Disciplina del C.G.B.V.P. cuenta con los siguientes órganos autónomos que garantizan la pluralidad de instancias: a) Consejo Disciplinario Nacional; b) Consejo Disciplinario Departamental; c) Consejo Disciplinario de Unidad Básica Operativa; y, d) Jefe de Unidad Básica Operativa.

Por otra parte, cabe mencionar, que por este mismo Decreto Legislativo N° 1260 se creó la Intendencia Nacional de Bomberos del Perú, para brindar soporte económico, logístico y de recursos humanos al Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú, convertido hoy en una organización cívica nacional conformada por bomberos que prestan servicio público de manera voluntaria y ad honorem.

V. HÉROES Y MÁRTIRES QUE TAMBIÉN FUERON MILITARES O POLICÍAS

A lo largo de 159 años de servicio voluntario en favor de la sociedad peruana, el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú tiene hasta hoy –Dios ha de querer que esta cifra no se incremente– 118 bomberos que han rendido su vida en los campos de batalla durante la infausta “Guerra del Guano y el Salitre”, promovida por Chile contra el Perú y Bolivia en 1879, así como en los actos del servicio urbano y rural, tales como incendios, derrumbes, accidentes de tránsito, inundaciones y otras calamidades.

Seguidamente mencionaremos algunos nombres de bomberos que fueron también militares o policías, caídos en actos del servicio y en defensa de la Patria, que en su gran mayoría son desconocidos por los peruanos:

- 1. Miguel Grau Seminario**, bombero honorario de la Compañía Salvadora Callao y almirante de la Marina de Guerra del Perú, fallecido en el Combate Naval de Angamos, el 8 de octubre de 1879, comandando el glorioso monitor “Huáscar”.
- 2. Juan Fanning García**, lambayecano, miembro de la Bomba Lima y héroe de

la Guerra del Pacífico. Con el grado de capitán de navío y al mando del batallón “Guarnición de la Marina”, se destacó en la defensa de Lima, luchando en la batalla de Miraflores, donde fue herido mortalmente, falleciendo el 16 de enero de 1881.

3. **Alfonso Ugarte Bernal**, bombero de la Compañía Iquique y coronel del Ejército Peruano, inmolado en el Morro de Arica el 7 de junio de 1880, poniendo a salvo la bandera nacional del Perú.
4. **Domingo Ayarza**, propulsor y fundador de la Compañía de Bomberos Garibaldi de Chorrillos en el año 1873 y coronel del Ejército Peruano, caído en el campo de batalla de San Juan en 1881, durante la Guerra del Pacífico.
5. **August Lange**, bombero de la Bomba Inglesa Victoria y miembro de la guardia urbana, fallecido el 16 de enero de 1881 en su turno de guardia en la calle La Pelota, durante la ocupación de Lima por el ejército chileno.
6. **Luis Upiachihua Cárdenas** y **Lorenzo Giraldo Vega**, ambos bomberos de la Compañía Salvadora Callao, que fueron abatidos durante la revuelta de miembros de la Marina de Guerra en el Callao en 1948, en circunstancias que brindaban apoyo de guardia urbana con el servicio de ambulancia.
7. **Catorce bomberos** de la Compañía Unión Chalaca del Callao, conformantes del “Batallón Guardia Chalaca”, que se inmolaron defendiendo la Patria, el 15 de enero de 1881, en el Reducto de Miraflores, durante la Guerra del Pacífico.
8. **Brigadier CBP Luis Crosby Crosby** y **Brigadier CBP Santiago Valero Álamo**, que aún nos acompañan, son también oficiales de la PNP, ambos con el grado de coronel.
9. Varias calles de Lima y el Callao llevan los nombres de héroes y mártires de la C.G.B.V.P., tales como: Emilio Cavenechia, Arturo Cantuarias, Juan Fanning, Adolfo King, Antonio Alarco, Manuel Ugarte y Moscoso, Eleodoro Paz Soldán, Enrique Barrón, Natalio Sánchez, Narciso De la Colina, Eleazar Blanco, Juan Roberto Acevedo y Carlos Vidal, por mencionar solo algunos de ellos.

José Francisco Gálvez¹

APUNTES PARA EL ESTUDIO SOBRE EL FUERO PRIVATIVO MILITAR A MEDIADOS DEL SIGLO XIX. LA CONSTITUCIÓN (1856, 1860) Y EL REGLAMENTO DE TRIBUNALES (1855)

SUMARIO: 1. EL LIBERALISMO DOCTRINARIO Y LOS CLUBES POLÍTICOS. 2. LA CONSTITUCIÓN DE 1856 Y EL ORDEN ESTATAL. 3. LA ADECUACIÓN DEL FUERO MILITAR AL NUEVO DISEÑO CONSTITUCIONAL. 4. LA CARTA DE 1860 Y SU IMPACTO EN LAS FUERZAS ARMADAS. 5. JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQUIZA, FIGURA PARADIGMÁTICA.

RESUMEN

El derrocamiento del régimen de Manuel Ignacio de Vivanco Iturralde en la batalla de Carmen Alto, en Arequipa, producida el 22 de julio de 1844, marcó el inicio de un nuevo proceso político por casi dos décadas. Convocadas las elecciones, resultó ganador el general Ramón Castilla y Marquesado, ocupando la Presidencia Constitucional de la República, cuya gestión se caracterizó por recuperar la estabilidad del país y postular la modernización del Estado, gracias a los graduales ingresos provenientes de las exportaciones del guano o fertilizantes naturales, lo que permitió consolidar el sistema político que aún se veía afectado por la existencia de remanentes de facciones opositoras al régimen vigente.

1 Ha sido director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar y Policial (CAEJM) de 2004 a 2006 y luego de 2009 a 2010. Investigador del Instituto Riva-Agüero (1990). Doctor en Geografía e Historia (1996) Universidad Complutense de Madrid. Abogado (1995) e historiador (1990) por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente en las Facultades de Derecho de la PUCP, Universidad San Martín de Porres, Universidad de Lima y ESAN. Contacto: <josefranciscogalvez@gmail.com>.

En estas circunstancias, se observa el surgimiento de los clubes políticos, como antecedente de los partidos, cuya ideología innovará el control parlamentario sobre el Ejecutivo y las Fuerzas Armadas, para debilitar, acaso, el fenómeno del militarismo, pero alterando también las materias propias de la organización castrense y la regulación del entonces fuero privativo militar.

ABSTRACT

The overthrow of the regime of Manuel Ignacio de Vivanco Iturralde in the Battle of Carmen Alto, in Arequipa, on July 22, 1844 marked the beginning of a new political process for almost two decades. Once the elections were called, General Ramón Castilla y Marquesado won and occupy the Constitutional Presidency of the Republic, whose management was characterized by recovering the country stability and postulating the state modernization, thanks to the gradual income from exports of guano or natural fertilizers. This allowed consolidating the political system, which was still affected by the existence of remaining factions opposed to the current regime.

In these circumstances, the emergence of political clubs is observed as an antecedent of the parties, which ideology will innovate parliamentary control over the Executive and the Armed Forces to weaken, perhaps, the phenomenon of militarism, but also altering the military organization's own matters and the regulation of the then military exclusive jurisdiction.

1. EL LIBERALISMO DOCTRINARIO Y LOS CLUBES POLÍTICOS

El ascenso del general Ramón Castilla y Marquesado al poder en 1845, trajo

consigo no sólo una mejora económica sino la preocupación de sectores de la sociedad por recuperar el diseño estatal de la Constitución de 1828. Entre ellos destacó el Club Progreso o Club de Frac, debido a la vestimenta de sus integrantes. El 9 de octubre de 1850, este colegiado, a través de su periódico El Progreso, publicó “*Candidato y programa del Club Progresista*”, el cual contenía los puntos principales de su política. En ellos se puede observar los requerimientos del sector intelectual y político que postuló, bajo las premisas del orden, la reducción de artículos de la Constitución a “los suficientes”, estableciendo con prioridad y de manera clara, los derechos individuales que debían ser enseñados en las escuelas.

Domingo Elías Carbajo, líder del liberalismo y acaudalado hombre de negocios, era partidario de una sola cámara en el Congreso, que llevara a cabo el juzgamiento de los representantes, por los actos políticos que cometieran y su probable remoción. Los congresistas involucrados contarían con la facultad de ser oídos ante los casos de acusación constitucional formulados en su contra por la Comisión del Congreso. Finalmente, el Club Progreso dejó establecida la incompatibilidad de atribuciones entre los miembros del Poder Ejecutivo y del Legislativo a la vez.

Los escándalos por el pago de la deuda interna, el mal manejo de la deuda externa, así como el destino de los ingresos del guano, generaron un conjunto de protestas que en 1854 se materializaron en la insurrección liberal y popular que provocó el derrocamiento del régimen del general José Rufino Echenique, acusado de corrupción.

El 5 de diciembre de 1854, en Huancaayo, Ramón Castilla expidió sendos decretos que permitieron abolir la contribución de

los indígenas y la esclavitud, ambos rezagos coloniales. Para ello, contó con la ayuda de los liberales: el Ministro de Culto, Justicia y Hacienda, Manuel Toribio Ureta y del Ministro de Gobierno, Relaciones Exteriores y Guerra, Pedro José Gálvez Egúsqiza.

El derrocamiento de Echenique se produjo en la batalla de La Palma, en Lima, el 5 de enero de 1855. El golpe tomó legitimidad a costa de la insurrección, frente al desconocimiento de la población de un régimen que, a pesar de haber sido elegido de acuerdo a ley, había perdido legitimidad por el flagelo de la corrupción.

Castilla era uno de los hombres más importantes de nuestra historia republicana, pues con su retorno al poder retomaba el momento de apogeo en el Perú del siglo XIX. Le dio al país su primer programa de obras públicas gracias a los ingresos del guano. Él y sus “constitucionalistas” lograron grandes cosas para la causa republicana. Su primer gobierno inauguró la etapa de “Apogeo Republicano”, lográndose la estabilidad institucional y que la economía nacional tuviera un régimen de presupuestos. Se canceló el servicio de deuda externa e interna, se modernizó el ejército y la fuerza naval, y se sentaron las bases para la seguridad interior y las políticas de defensa nacional.

Desde entonces, se conoció su gestión como la del Libertador del Perú y Presidente Provisorio; así, se inició el *gobierno de la moralidad*. En este periodo, se concedió a los liberales la oportunidad de influenciar, como sus similares europeos, en el proceso de cambio.

Dicho proceso se caracterizó por afianzar los derechos y las libertades de las personas en la sociedad, amparados en la igualdad ante la ley. Se combatió todo rezago de privilegios como los fueros personales,

eclesiástico y militar e incluso, se recortó las discrecionalidades con las que contaba el Estado.

Por decreto del 5 de febrero de 1855, Ramón Castilla convocó a la Convención Nacional de Diputados, elegidos por primera vez por sufragio directo y universal para el período 1855 a 1857. Se designó a los integrantes de la Comisión, que redactaría la nueva Constitución, en la que destacaría el papel del líder de los liberales Coronel José Gabriel Gálvez Egúsqiza.

El parlamento eligió como presidente provisional a Castilla, reconociendo su gestión anterior al contribuir a la desaparición de los flagelos pendientes: La abolición de la contribución de indígenas y de la esclavitud, a través de los famosos decretos de Huancayo, del 5 de diciembre de 1854.

En el aspecto económico, los liberales demandaron la supresión de los diezmos. Pese a ello, no propusieron la ruptura del vínculo Estado-Iglesia, por el fuerte arraigo de la religión católica en la sociedad y su reconocimiento como religión oficial del Estado.

En el debate para la confección de la nueva Carta, la discusión giró en torno a disminuir el poder del presidente de la República, a quien la Constitución le otorgaba liderazgo político frente a los otros poderes del Estado.

Se planteó la desaparición del fuero militar y del Ejército. Pedro Gálvez, representante de Cajamarca, rebatió dicha postura indicando la necesidad de mantener el Ejército frente a los peligros de una frágil inestabilidad externa e interna. La aceptación de esta postura motivó la exigencia de una mayor injerencia del Poder Legislativo en los ascensos del personal del Ejército.

De otro lado y en aras de la protección de la persona, en el seno del colegiado se abordó la necesidad de abolir la pena de muerte, bajo el razonamiento que el Estado no podía quitar lo que no daba. De esta manera, la vida era reivindicada como derecho inviolable, lo cual fue secundado e hizo que la Constitución de 1856 amparase por primera vez la tesis abolicionista dentro de una nueva percepción de los derechos, de forma que, a partir de esta Carta, fueron colocados primero los derechos, conocida *más adelante como parte dogmática y luego la organización del Estado, referida a la parte orgánica*.

Bajo ese mismo razonamiento, lo liberales postularon la defensa irrestricta de las libertades, generando que se aprobase una serie de medidas como la inclusión de la amnistía, la cual sólo podía ser concedida por el Legislativo e instaurando limitaciones al ejercicio de la administración, la cual no podía suspender las *garantías constitucionales*. *Todo ello* se produjo en el proceso de transferencia del liderazgo político del gobierno al parlamento que, además, contenía dos tareas muy específicas: Incorporar instrumentos institucionales del régimen parlamentario en el poder central para neutralizar al imperante caudillismo militar. Asimismo, otorgar mayores atribuciones a los ministros e instituyendo por primera vez la presidencia del Consejo de Ministros dentro del Poder Ejecutivo, convirtiendo a su titular como nexo entre éste y el Poder Legislativo. Se puso énfasis

en instaurar la responsabilidad política a través del refrendo o firma del ministro del sector en la norma que se suscribía, además de contar con la autógrafa del presidente de la República. Gálvez Egúsquiza, líder de los liberales, se preocupó en establecer una serie de limitaciones al jefe del Poder Ejecutivo, pero sobre todo al poder de los caudillos que emanaban del ejército, a través de la ley y la Constitución. Ésta había dispuesto:

“Art. 13° Nadie podrá ejercer funciones públicas, ni poseer cargo o beneficio, si no jura cumplir la Constitución?”.

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1856 Y EL ORDEN ESTATAL

El 8 de octubre de 1856 la Convención acordó promulgar la Constitución y tomar el juramento al presidente de la República, así como a los ministros, los magistrados, los militares y los diputados. El Legislativo mostró una actitud tenaz y presurosa por la promulgación y juramento de la Carta. Ordenó a los diputados que no pudieran asistir por enfermedad y que dentro del tercer día remitiesen un escrito a la Mesa Directiva, bajo pena de la pérdida de la curul y sometimiento a juicio³. La imposibilidad de observar la nueva Carta propició la tensión política en su reconocimiento y generó descontento.

De esta forma, Castilla y sus ministros quedaban supeditados a la Convención, algunos de cuyos miembros ya manifestaban discrepancias, siendo las más notorias con

2 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente: Historia de las Constituciones del Perú. 1978; pág. 390.

3 BASADRE GROHMANN, Jorge: Historia de la República del Perú. Talleres Cochrane. Santiago de Chile. Tomo 4; pág. 855.

los ascensos de los militares que combatieron al caudillo Manuel Ignacio Vivanco, la reducción de plazas en el ejército y la convocatoria para elecciones presidenciales, que se convirtieron en temas recurrentes.

El 2 de noviembre de 1857 el alférez José Cuba, jefe de la guardia, se presentó ante el doctor Manuel Toribio Ureta, presidente de la Convención y le ordenó desocupar el recinto. Minutos después, llegó el teniente coronel Pablo Arguedas, jefe del batallón Castilla, quien sable en mano, logró el cometido. Arguedas argumentó que al haberse promulgado la Constitución, el Congreso debería cesar en sus funciones, al haber concluido su prerrogativa constituyente.

El presidente del Consejo de Ministros, encargado del Poder Ejecutivo, condenó los sucesos generados por Arguedas, calificándolos de lamentable acontecimiento. Conforme a lo estipulado en los artículos 86° y 88° de la Constitución, el mando de la República recayó en el Consejo de Ministros, por encontrarse Ramón Castilla en Sachaca (Arequipa), combatiendo a su opositor Manuel Vivanco.

El teniente coronel Arguedas era yerno del general Pedro Diez Canseco, cuñado de Castilla. Jorge Basadre señala que en una carta dirigida a Arguedas desde Sachaca, Castilla le manifiesta su discrepancia por la medida adoptada, pero al mismo tiempo señala que no había otra medida por el desfreno del Congreso:

“es un mal precedente el que Ud. ha establecido atribuyendo al sable la facultad de resolver las cuestiones políticas. Felizmente era tal el descrédito de la Asamblea que no sólo no se ha sentido su muerte, sino recibida con aplausos. Gracias a esta circunstancia, podemos atravesar la crisis con felicidad, al menos sin graves complicaciones. Espero que, contando con ese elemento tan favorable, no menos que con la lealtad del Ejército, podrá consolidarse la situación y sacar algunas ventajas de ella”.

El Ejecutivo quiso deslindar todo tipo de responsabilidad y dejó que el juez del crimen de Lima tomase el proceso. Arguedas interpuso recurso de excepción invocando el fuero militar, razón por la cual el magistrado entregó el proceso al gobierno para que lo examine, optándose por derivarlo a conocimiento del Congreso al iniciarse la legislatura.

Según Villanueva, la sanción a Arguedas, por atreverse a disolver el parlamento, quedó postergada. Mientras tanto, el comandante se negó a ser relevado del mando del batallón Castilla por el capitán Ángel Mariano Castro, mientras durasen las pesquisas⁵.

“Se le siguió un consejo de guerra al correspondiente juicio por los delitos de insubordinación y desobediencia; y la sentencia aprobada por el Gobierno el 14 de junio de 1859, le dio de baja

4 BASADRE GROHMAN, Jorge: Historia de la República del Perú. Santiago de Chile. Impreso en los talleres de Cochrane S.A. Tomo 4. 2001; pág. 874.

5 CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICO MILITAR, Archivo Histórico Militar, Documentos oficiales correspondientes al año 1858. Carpeta 39, legajo 13, letra N. Noboa Mariano. Fiscalía militar permanente.

en el Ejército y lo condenó a un año de expatriación⁶

Al entrar nuevamente en sesión y sin conceder el derecho de ser escuchado el Congreso destituyó al comandante Arguedas de su puesto y le retiró, por ley del 12 noviembre de 1858, el goce de sus derechos políticos, circunstancia que fue posteriormente criticada por el ministro Miguel San Román, quien sostuvo que el proceso debía ser judicializado.

Mientras tanto, el día 11 de noviembre de 1857, el presidente del Consejo de Ministros, general José María Raygada, dirigió un mensaje al Honorable Presidente de la Convención Nacional expresando su solidaridad y el respeto al orden:

“El Consejo también declara, por su parte: que en el curso de los acontecimientos a que ha dado origen el deplorable suceso de 2 [de noviembre de 1857] del actual, ha procurado por cuantos medios han estado a su alcance, cumplir leal y concienzudamente los austeros deberes de su cargo, y que no ha omitido sacrificio alguno para conservar incólume el orden legal y restituir a la Convención Nacional el libre ejercicio de sus altas funciones, a fin de que, con su sabiduría y prudencia, cooperase a afianzar la paz pública”⁷.

El 11 de julio de 1857, desde la capital, el presidente del Consejo de Ministros, José María Raygada, comunicaba al presidente provisorio general Ramón Castilla, que:

“El Exmo. Consejo de ministros ha visto con satisfacción el oficio de VE fecha 5, anunciando su feliz arribo al puerto de Arica, no obstante que la “Apurímac” se hallaba a poca distancia de los buques que obedecen a VE y de haber navegado por puntos en que hubieran podido ser sorprendidos. El Consejo se complace en esperar que la presencia de VE acelerará el término de la guerra civil que aflige á la República, y comunicará nuevo ardor á los defensores de las instituciones reanimando el espíritu público de esos Departamentos”⁸.

El Consejo de Ministros, celoso guardián del orden y con arreglo a sus facultades ejecutivas, ordenó apresar a todo elemento subversivo, entre los que se encontraba el general Fermín Del Castillo, anterior jefe de José Gálvez, a quien la Convención Nacional le había otorgado el grado de general de división, pese a la oposición del Libertador. Durante el régimen de Castilla, la vida política no estuvo exenta de pronunciamientos y medidas de sectores del Ejército y de la Marina a favor del general Manuel Vivanco, opositor del régimen.

6 BASADRE GROHMAN, Jorge: ob. cit.; tomo 4. 2001; pág. 883.

7 CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Mensajes Presidenciales y otros documentos para la historia política del Perú. Lima. Dirección de Tecnologías de Información. 2006.

8 CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICO MILITAR: Catálogo del Archivo Histórico Militar, Tomo XXXV; leg. 18, doc. 22, Año 1857. Correspondencia del presidente del Consejo de Ministros al Presidente Provisorio de la República.

Los jefes vivanquistas, a cargo de las *fuerzas regeneradoras*, actuaron en diferentes lugares, resultando el más conocido el desembarco en el Callao el 22 de abril de 1857, siendo rechazadas por el general José Manuel Plaza, quien ofrendó su vida y fue reemplazado por el general Manuel Diez Canseco, que al mando del batallón Constitución, integrado por militares excedentes y milicianos en su mayoría, contrarrestó el ataque. Como reconocimiento a esa gesta, la Convención Nacional otorgó al Callao el título de Provincia Constitucional:

“GALVEZ, José: presidente de la Convención Nacional remite resolución de la Convención Nacional disponiendo el juzgamiento de los Jefes y Oficiales que participaron en la función de armas del 22 de abril último en el Callao⁹”

La restauración a la normalidad implicó la apertura de procesos contra los involucrados acusados de crimen patria¹⁰, siendo juzgados por el fuero común de acuerdo con el artículo 6º de la Constitución de 1856, por haberse unido a los revolucionarios mientras eran remunerados por el régimen al cual querían combatir. Dicha deslealtad ocasionó que fuesen borrados del escalafón militar y de marina, entre los cuales se encontraban el teniente segundo Lizardo Montero y el alférez de fragata Miguel Grau Seminario (fragata Apurímac), el oficial tercero del cuerpo político Ricardo

Palma (vapor Loa) y teniente segundo Aurelio García y García, quien había escapado del puerto del Callao, rumbo al sur.

3. LA ADECUACIÓN DEL FUERO MILITAR AL NUEVO DISEÑO ESTATAL

La Constitución de 1839 legitimó el poderío del Presidente de la República en la esfera del poder estatal, ortogándole liderazgo político:

“Art. 87. Son atribuciones del presidente de la República:

20ª Nombrar con aprobación del Congreso, los generales necesarios, para completar el número designado en el art. 147.

21ª Nombrar los jefes y oficiales, y demás empleados del ejército y armada conforme á las leyes.

23ª Nombrar los ministros de Estado y removerlos, haciendo efectiva su responsabilidad según las leyes.

24ª Nombrar los magistrados de los tribunales de Justicia y demás funcionarios del Poder Judicial, conforme á esta Constitución¹¹.

Sin embargo, a diferencia del fuero privativo militar que lo mantuvo legalmente a través de las ordenanzas españolas y de las normas expedidas en medio de la

9 CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICO MILITAR, Archivo Histórico Militar, Carpeta N° 58; Legajo N° 8 Fs. 2, 29 de mayo año 1857.

10 CONGRESO DE LA REPUBLICA. Archivo del Congreso de la República. Decreto del 11 de marzo de 1857.

11 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente: Historia de las Constituciones. Lima. Editorial Andina. 1978; pág. 352.

inestabilidad política de los años treinta, las otras jurisdicciones si fueron reconocidas por la Carta:

“Art. 114. Habrá tribunales y juzgados privativos para las causas de comercio, minería, diezmos, aguas, presas y comisos. El número de sus vocales, sus atribuciones, y lugares en que deben establecerse los juzgados, se determinará por una ley¹².”

En la Constitución de 1839, al no indicarse expresamente la existencia del Consejo Supremo de la Guerra, se entendió que nuevamente las funciones retornaban al jefe del Ejecutivo, dejando a su discrecionalidad la política de los nombramientos o designaciones de los jefes y oficiales y demás empleados del Ejército y de la Armada. En el Título XIV: Poder Judicial, las Cortes Superiores contemplaban los casos vistos por los jueces militares de primera instancia:

”Art. 121: Son atribuciones de las Cortes Superiores:

8ª Conocer en segunda y tercera instancia de las causas del fuero militar, con los jefes que en clase de conjuces deban concurrir conforme á la ley¹³”

Para ello, se establecieron cortes marciales con vocales de este colegiado y los conjuces militares. Respecto al conocimiento de los recursos de nulidad, se conformaría una sala con participación mixta de los Vocales Supremos y de dos generales

designados por el Ejecutivo en calidad de conjuces; medida que rescataba la competencia de fueros señalada décadas atrás. Se reincorporaba el cargo de Auditor General, durante la administración del general Francisco Vidal.

Podríamos sostener que pese a ser militar, Gamarra optó porque sea un órgano externo como el Poder Judicial el que contemplase los casos de delitos militares y civiles luego de una guerra intestina que se había superado con las victorias, pero, además, con la reincorporación de efectivos que habían servido al bando contrario. Circunstancia que vemos corroborada, como señala Roberto Pereira al citar la circular del 3 de abril de 1846 destinada a impedir la aplicación del fuero de guerra a los miembros de las Fuerzas Armadas involucrados en indebidos manejos de fondos de la hacienda pública¹⁴.

El Reglamento de Tribunales y Jueces de Paz, en vigencia desde el 14 de febrero de 1855 y acorde con la Constitución de 1839, estipuló las instancias del fuero castrense colocando en primer lugar a los jueces militares que tenían conocimiento de las causas en primera instancia, nombrados por el gobierno en las capitales de Departamento, con asesoría de los del fuero común más antiguos. Para la siguiente instancia:

“Art. 446. Las cortes marciales, compuestas de los vocales de las superiores y de los conjuces militares,

12 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente: ob. cit.; pág. 357.

13 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente: ob. cit.; pág. 358 y ss.

14 PEREIRA CHUMBE. Roberto Carlos: La evolución legislativa de la Justicia Militar en el Perú: En: ANUARIO DE DERECHO PENAL: La reforma del derecho penal militar. Universidad de Friburgo (Suiza). 2001-2002; pág. 366.

nombrados por el Gobierno, conocen en segunda y tercera instancia de las causas del fuero militar.

Art. 447 Por impedimento de los conjuces militares nombrados por el Gobierno, la corte superior en sala plena, llamará para suplirlos a cualesquiera jefes, de la clase de coroneles por lo menos, que se hallen en el lugar; si no los hubiere, se procederá á completar la sala con un vocal más¹⁵.

Luego, las Cortes Marciales, integradas por Vocales Superiores y con jueces militares, se pronunciaban en segunda y tercera instancias. Para garantizar dicho nivel de apelación, los jueces civiles podían convocar a un militar con grado de coronel. En última instancia, la Corte Suprema de la República se pronunciaba sobre los recursos de nulidad de toda causa vista en los fueros privativos, entre ellos el militar, Reglamento que contó con la Sección Adicional que dispuso en el Título V:

“Art. 93° Los delitos comunes cometidos por militares serán juzgados como los otros cualesquiera ciudadanos por el juez ordinario; sin otro requisito que el aviso que debe impartir el juez de la causa á la autoridad militar del departamento.

Art. 94° Los delitos cometidos en servicio militar, y los que se cometieron en cuartel, fortaleza, á bordo de los de guerra ó en campamento, aún cuando

fueran delitos comunes por su naturaleza serán juzgados conforme á las ordenanzas y demás leyes del ejército, y por los jueces y consejo establecidos por ellas¹⁶

Las crisis políticas generadas por los caudillos produjo un sentimiento anticau-dillista que había influenciado en hacer uso de las fuerzas armadas en provecho de terceros; demandando la pretensión de la Convención Nacional (Congreso de la República) por un mayor control sobre los institutos castrenses, dentro de una estrategia errónea por desaparecer todo vestigio del virreinato peruano que comprendía la estabilidad en los cargos administrativos y judiciales, la desaparición de la defensa cautiva y la eliminación del fuero eclesiástico. Argumentos recogidos en las Crónicas Parlamentarias (Diarios de Debates).

Ello nos muestra la pretensión del Ejecutivo, por un lado, de vincular a los magistrados de ambos fueros, lo cual irradió a los niveles inferiores y órganos auxiliares como los escribanos: “... los jueces de primera instancia y los escribanos públicos del fuero común que desempeñaban funciones de Auditores de Guerra, gozarían del fuero de guerra por el tiempo que sirvieron en tales cargos” y, de otro lado, aun cuando aparentemente existía un predominio del fuero común en el conocimiento de todo tipo de causa, notamos que también los supuestos de lugar como naves y campamentos militares generaban un espacio de territorialidad,

15 PERÚ: ob. cit.; pág. 113.

16 PERU: Reglamento de Tribunales. Lima. Librería e Imprenta Gil. 1905; pág. 132 y ss.

Artículos que, según el jurista Miguel de la Lama, quedaron sin efecto al expedirse la Constitución de 1860 que establecía en su artículo 6° En la República no se reconocen empleos ni privilegios hereditarios, ni fueros personales. Se prohíben las vinculaciones; y toda propiedad es *enagenable* en la forma que determinan las leyes.

lo cual daba lugar a una aparente inmunidad pero que sería subsanada con la integración mixta por civiles y militares en los tribunales que se abocaban a causas de los militares, lo que no siempre se respetó.

La Constitución de 1856 postuló medidas para neutralizar el papel de los caudillos en los menesteres estatales, trasladándole el liderazgo político al Congreso:

“Art. 55. Son atribuciones del Congreso:

12ª Aprobar ó desechar las propuestas que haga el Ejecutivo para jefes del ejército y armada, desde mayor graduado y capitán de corbeta hasta general y contralmirante inclusive; sin traspasar en ningún caso el número designado por la ley.

14ª Decretar la guerra previo informe del Poder Ejecutivo, y requerirlo oportunamente para que negocie la paz.

Art. 138. Los generales que se hallen en posesión legal de su clase, continuarán en ella, no obstante, lo prescrito por el artículo 121; pero á su muerte no podrán ser reemplazados, sino cuando el número sea inferior al designado en dicho artículo y en cuanto baste para completarlo.

Art. 139. Los juzgados y tribunales privativos é igualmente sus códigos especiales, existirán mientras la ley haga en ellos las reformas convenientes¹⁷.

Disposición que reafirmó la condición de fuero privativo a la Justicia Militar

mientras no se promulgaran los códigos respectivos y que en opinión de Christian Donayre su enunciado sería vuelto a plantear en el tenor de la Constitución de 1867.

4. LA CARTA DE 1860 Y SU IMPACTO EN LAS FUERZAS ARMADAS

Los legisladores de 1860 plantearon el retorno de la relación presidente de la República con la designación de los efectivos pertenecientes al Ejército y la Marina:

“TITULO VIII DEL PODER LEGISLATIVO

Art. 59. Son atribuciones del Congreso:

13ª Aprobar ó desaprobar las propuestas que, con sujeción á la ley, hiciere el Poder Ejecutivo para Generales del Ejército y de la Marina, y para Coroneles y Capitanes de Navío efectivos:

TITULO XVI. FUERZA PUBLICA

Art. 119. El objeto de la fuerza pública es asegurar los derechos de la Nación en el exterior; y la ejecución de las leyes y el orden en el interior.

La obediencia militar será arreglada á las leyes y ordenanzas militares.

Art. 120. La fuerza pública se compone de las guardias nacionales, del ejército y de la armada; y tendrá la organización que designe la ley.

La fuerza pública y el número de Generales y Jefes se designarán por una ley.

Art. 121. Las guardias nacionales existirán organizadas en la proporción que determine la ley.

Art. 122. No habrá Comandantes Generales territoriales, ni Comandantes militares, en tiempo de paz¹⁸.

El tenor del artículo 116° se interpretó como un orden aparte, desvinculado de los preceptos constitucionales y las normas del fuero común; pese a que expresamente, se indicaba que la obediencia se ciñe a ley o norma convalidada por el Congreso.

Durante la gestión del mariscal San Román, por decreto del 23 de diciembre de 1862, concordado con la Carta de 1860 (art. 122), se suprimieron las comandancias generales territoriales y militares en el país, en tiempos de paz.

Más adelante, en la administración del presidente general Juan Antonio Pezet y Rodríguez de la Piedra, en 1863, se nombró una comisión bicameral integrada por siete representantes del Poder Legislativo: Manuel de la Encarnación Chacaltana, Manuel Arizola, J. Bazo Basombrío, Mariano E. Vega, José María Pérez, Germán Astete y Jerónimo Lama, con el objeto de adecuar las leyes y ordenanzas militares a tenor de la Constitución de 1860 y del Código Penal de 1861.

Esta comisión concluyó su labor, sancionando el proyecto por ley de 10 de enero de 1865, se dispuso la promulgación del

Código Militar del Perú para el 1° de mayo de dicho año. El gobierno de la Restauración o Dictadura de Mariano Ignacio Prado, al deponer al general Pezet, dejó sin efecto dicha promulgación. Al respecto Ernesto Blume Rocha, recogiendo la tesis de Teobaldo Gonzales López, sostiene que tuvo una vida efímera como consecuencia de su anulación por el gobierno de la Restauración Nacional del coronel Prado¹⁹.

Dicho cuerpo legal poseía cuatro partes, siendo la tercera la relacionada con los delitos y las penas, la organización judicial militar y el procedimiento. Es de resaltar que su producción se basó en el respeto a los derechos ciudadanos, aboliendo la pena de muerte y comprendiendo en la jurisdicción de guerra a los miembros del instituto armado, prisioneros de guerra y, excepcionalmente, a civiles por espionaje. Se mantuvo el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, el cual no solo revisaba los casos correspondientes sino actuaba como órgano de consulta para el gobierno.

El procedimiento judicial penal militar era similar al de la legislación común de entonces, quedando la corrección de las faltas a cargo de los oficiales superiores con carácter más administrativo que judicial, aspecto retomado más adelante por la Misión Militar Francesa. Sin embargo, pese a estos avances, permanecían aún otras disposiciones que Lanatta cuestionaba: "...como aquella que considera que es atenuante del delito la circunstancia de no estar el militar pagado con el día o carecer del apropiado vestuario".

18 GARCIA BELAUNDE, Domingo: ob. cit.; pág. 341 y ss.

19 BLUME ROCHA, Ernesto: La justicia militar en la Historia del Perú. Lima. Editorial ADRUS. 2010; pág. 88.

Por otro lado, la vigencia de las ordenanzas españolas no necesariamente significó la aplicación total de las mismas, como se desprende de la Memoria presentada en 1902 por el Jefe de la Zona Militar de Lima general César Canevaro al Consejo Supremo de Guerra y Marina: “Muy rara vez se sustanciaba un juicio militar con arreglo a las Ordenanzas y mientras muchos delitos quedaban impunes, otros tal vez eran castigados con excesivo rigor”. Observación que no tomó en cuenta la aprobación del Código Militar del Perú de 1865 ni de las Ordenanzas Generales para el Régimen, disciplina y servicio del Ejército del Perú de 1878, cuya autoría correspondió al General Manuel de Mendiburu.

5. JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚS-QUIZA, FIGURA PARADIGMÁTICA

La figura de Gálvez, defensor de los ideales republicanos, se remonta a la década de los cuarenta apoyando la lucha de Domingo Elías en beneficio de Ramón Castilla. Sin embargo, su presencia será más notoria en medio del fulgor que concluiría con el derrocamiento del entonces presidente Echenique, enarbolando la Revolución Popular y Liberal. Fue secretario del general Fermín Del Castillo y luego se unió a las fuerzas del futuro Libertador en su lucha contra el presidente Echenique, acusado de corrupción. Por su participación en la batalla de La Palma, el 5 de enero de 1855, que puso fin al régimen y casi le cuesta la vida, se le confirió el grado de teniente coronel del ejército, al cual renunció. Muchos ven en él la figura del liberal anti militar cuando en realidad su afán estuvo orientado a institucionalizar el apoyo de las fuerzas del orden al servicio del Estado y no a expensas del caudillo militar de turno.

De ahí que fuese contrario a la desaparición del Ejército, más aún si su suegro había sido Sargento Mayor. Establecida la Convención Nacional el 14 de julio de ese año, reinaba el liberalismo doctrinario que propiciaba un espíritu de cambio partiendo de una concordia con las diferentes fuerzas de la coyuntura, para lo cual el Congreso optó por dar una ley de amnistía. Esta medida había sido muy recurrente en los regímenes anteriores debido a la inestabilidad propiciada por los caudillos; sólo que en esta oportunidad había sido muy selectiva, ante la cual Gálvez tomó distancia por el contenido, no por la medida:

“Bien claro lo dicen ellos en sus proyectos: la amnistía significa:

1°- Olvido de todo lo pasado; 2°- Reconocimiento de todos los grados militares y rehabilitación de todos los que fueron dados de baja; 3°- Ajustamiento y pago de predichos militares y de todos los empleados civiles de la pasada administración; 4°- Cesantía a los empleados que no se ocupen y montepío a las viudas, hermanas, etc., de los que murieron combatiendo contra el pueblo”.

“Esto es lo que en la amnistía se propone... Es decir, la amnistía consiste en que después de olvidar el pasado se restablezca ese mismo pasado. La amnistía significa que debemos matar la revolución deshaciendo lo que ella justamente hizo. Significa que debemos abrir las casi exhaustas arcas nacionales para que a costa de ellas vivan todos los que fueron empleados civiles o militares, aunque no necesite de ellos la nación. La amnistía significa que renunciemos a toda reforma para el porvenir y que no debemos hacer otra

cosa que perpetuar todos los abusos. Ésta es la amnistía²⁰”.

Este fue el primer hecho que caracterizó a Gálvez, opuesto al retorno del viejo orden, como hombre justo dentro de un entorno tendiente a tolerar los abusos en desmedro del bien de todos. Nuestro personaje era partidario de reformar al ejército, prescindiendo de lo informal e improvisado, y de aquellos militares indefinidos, que pese a contar con grado, carecían de colocación. Por eso era un convencido que antes de generar mayor número de efectivos, primero debía analizarse la cantidad de empleos necesarios:

“Se dice también: que se mueren de hambre, pero, prescindiendo de lo que hay de exageración, respecto de algunos y de sarcasmo respecto de otros que se han locupletado²¹ de oro peruano; prescindiendo, en fin, de que en parte es una falsedad y en parte una burla que se hace a la esquilmada nación, quisiera que me digan: ¿Quién la mata de hambre? ¿La nación les ha quitado algo suyo? Si el ser peruano y el tener hambre son títulos bastantes para obligar a la nación a que dé empleo y sueldo, yo lo reclamo desde luego para más de un millón de personas que se hallan en este caso²²”

El segundo hecho que colocó a Gálvez como anticlerical, fue su propuesta de norma que suprimía el pago del diezmo, vigente

hasta la Constitución de 1839, al considerar que la persona, al pagar éste y además los impuestos, de cuyo monto el Estado asignaba una partida para solventar las necesidades de la institución religiosa; terminaba abonando dos veces por lo mismo. Lo que hizo pensar a sus críticos una férrea oposición de este liberal contra la iglesia y sus recursos; mostrándolo como antirreligioso, cuando nuestro personaje era devoto de San Francisco, de quien portaba el cordón hallado entre sus restos, luego de la explosión ocurrida en el Torreón de La Merced en el Callao. La desinformación le generó tener enemigos gratuitos, a los cuales se sumaron los comentarios de una monja, quien al enterarse de su muerte sostuvo: ¡Qué pólvora estuvo bien gastada!²³.

El 27 de enero de 1865, la suscripción del Tratado Vivanco – Pareja, ponía fin a la ocupación de las islas Chincha y el incidente mediático entre españoles y peruanos. El resarcimiento de gastos e indemnizaciones por la Guerra por la Independencia, por valor de tres millones de libras esterlinas, a favor del reino de España y el disparo de 21 salvas en honor de esa nación, causó repudio entre los habitantes de Lima, Arequipa y La Libertad, entre otras ciudades del país, motivados por el daño ocasionado contra la nación. Gálvez se presentó en el campamento de Mariano I. Prado para ofrecer sus servicios, quien le concedió el grado de coronel. Derrocado Pezet, Prado instituyó el Gobierno de la Restauración,

20 VILLANUEVA, Elena: Biblioteca hombres del Perú: José Gálvez. Lima. Hernán Alva, Editor. 1964; pág. 86.

21 Generado su propia riqueza.

22 VILLANUEVA, Elena: ob. cit.; pág. 88.

23 VILLANUEVA, Elena: ob. cit.; pág. 89.

proclamándose Dictador y por ello convocó a una serie de personalidades como secretarios de Estado, destacando Gálvez como el único que se opuso a la expulsión de los españoles, probablemente porque su suegro era nacido en la Península, según Pedro Novo y Colson; lo que podríamos resumir en liberal, nacionalista y justo, doctrina que conjugada con sus valores y prácticas personales que le generarían amistades y enemigos.

Los prolegómenos de los días anteriores al Combate del 2 de mayo mostraron la estrategia del comandante español brigadier Casto Méndez-Núñez por bloquear primero los puertos de Caldera y Valparaíso, decidiendo enfrentarse a la escuadra chileno-peruana en el Combate de Abtao, donde fallecieron dos marinos de la corbeta Unión. Posteriormente, Méndez decidió bombardear Valparaíso, ciudad que no pudo repeler el ataque.

Concluido el incidente prosiguió en dirección al puerto del Callao, actos que eran justificados, pues: *“la reina, el gobierno, el país y yo, preferimos más tener honra sin barcos que barcos sin honra”*²⁴.

En el Callao, bastión de las fuerzas combinadas, desde las 9 de la mañana se

midieron las fuerzas de ambos bandos; hacia el mediodía las fragatas españolas Villa de Madrid y Berenguela salían del teatro de operaciones y minutos más tarde, en la Torre de la Merced, sucumbía el coronel José Gálvez Egúsqiza,²⁵ secretario de Guerra y Marina, junto a 28 personas ante el estallido de la pólvora en sus instalaciones.

Posteriormente, un proyectil dejó fuera de combate a Casto Méndez en la Numancia. En horas de la tarde el combate había terminado. La escuadra española, luego de una semana, dejó el Pacífico. Este episodio mostró como las relaciones entre dos países podían volverse tensas debido a la intransigencia de Salazar y Mazarredo y a la arrogancia de Pareja y Méndez Núñez, que terminaron por perturbar la solución del diferendo. Sin embargo, la ocasión despertó una postura americanista en el Callao a favor de los combatientes: “Un pueblo que combate por su honra y por su libertad, se vuelve invencible”. José Gabriel Gálvez Egúsqiza se convertía en: “... figura paradigmática, señera, heroica, sapiente y honesta de nuestra historia más reciente...”²⁶. Su desaparición física: “...acalló los odios y calumnias de sus enemigos políticos y su memoria ha pasado venerada a la posteridad”²⁷.

24 NOVO y COLSON, Pedro: Historia de la Guerra de España en el Pacífico. Madrid. Imprenta Fortanet. 1882; pág. 53.

25 BRAVO MAXDEO, Roosevelt: Libro homenaje a José Gálvez Egúsqiza en el sesquicentenario de su muerte heroica (1866 – 2016). Fuero Militar Policial, 2016. Este libro contiene apuntes biográficos sobre Gálvez, su entorno familiar, su participación en la Convención de 1856, en el combate naval del 2 de mayo de 1866 y el reconocimiento que ha tenido en la historia nacional, entre otros aspectos.

26 BRAVO MAXDEO, Roosevelt: Temas de Justicia Militar. Lima. Fuero Militar Policial Militar. 2015; pág. 200.

27 NOVO y COLSON, Pedro: ob. cit.; pág. 53.

Vanessa Pizarro Vilcapoma¹

INAPLICABILIDAD DEL BENEFICIO PENITENCIARIO DE SEMILIBERTAD EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS; III. JUSTICIA MILITAR POLICIAL: NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS DE FUNCIÓN; IV. FUNCIÓN DE LAS PENAS EN EL FUERO COMÚN Y SU DIFERENCIA CON LAS DEL FUERO MILITAR POLICIAL; V. BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN LA JURISDICCIÓN COMÚN; VI. BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN EL FUERO MILITAR POLICIAL; VII. APLICACIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL; VIII. ANÁLISIS Y ALCANCE DE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS NORMAS EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL; IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES; Y, X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La autora expone un problema evidente en la ejecución penal militar policial de las penas impuestas en esta jurisdicción, cuando los jueces penales militares policiales otorgan el beneficio penitenciario de semilibertad, que no está contemplado en el Código Penal Militar Policial, argumentando una aplicación supletoria de normas de la jurisdicción común.

ABSTRACT

The author exposes an evident problem in the criminal, military, police execution of the penalties imposed in this jurisdiction when the criminal, military, police judges grant the penitentiary benefit of semi-freedom, which

1 Oficial del Servicio Jurídico del Ejército Peruano.

is not covered in the Criminal, Military, Police Code, arguing a supplementary application of common jurisdiction rules.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de justicia militar policial, en lo relativo a la ejecución de sentencias emitidas dentro de su competencia, no es ajeno a los avances en materia de ciencia penitenciaria y tratamiento de los reclusos, en tanto que son estos últimos a los que, a pesar de encontrarse limitados en su libertad, la sociedad busca reeducar, resocializar y reincorporar, objetivos que responden a lo señalado en el artículo 139°, inc. 22, de la Constitución Política del Perú.

En ese sentido, son los beneficios penitenciarios una suerte de incentivos que se otorga a los reclusos, a efectos de acortar o disminuir la pena de prisión impuesta en la sentencia, exigiendo de ellos el ajuste de su comportamiento a las reglas de convivencia social; sin embargo, si son los beneficios penitenciarios el camino idóneo hacia el cumplimiento de los fines de la pena, no tendría nada de extraño que se dé su aplicación en la jurisdicción militar policial, lo cual precisamente es acogido por el Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo 1094), de acuerdo a la naturaleza de los delitos de función y de las funciones que cumple la pena en la jurisdicción militar policial.

Teniendo en cuenta la excepcionalidad de la jurisdicción militar policial y la temporalidad de sus penas, en realidad, muchos de los mecanismos jurídicos del Fuero Común no pueden ser aplicados, ni siquiera por supletoriedad, debido a que desnaturalizarían el sistema de penas de dicha jurisdicción, situación que se considera relevante para reducir la prisión de un condenado, de acuerdo a la propia naturaleza de la misma.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Los beneficios penitenciarios, según Ana Zegarra, son aquellas acciones que favorecen a los internos sentenciados y reclusos en los penales², que permiten modificar el tiempo de cumplimiento de la pena impuesta o realizar actividades de diversa índole que ofrece la administración penitenciaria, convirtiéndose en un medio para la consecución de los fines reconocidos en el artículo 139°, inc. 22, de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, la autora argentina Cristina Caamaño, miembro del equipo de la Defensoría General de la Nación de Argentina, define estas acciones por parte de la administración penal, como “*aquellas medidas que recibe el interno durante la ejecución de la pena, fundamentadas en su buen comportamiento*”³.

2 ZEGARRA A, A. Beneficios Penitenciarios en el Perú: Redención de la Pena por Trabajo y/o Educación. Pág. 02. <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/1DED1ACA3C2B7953052577C100512097/\\$FILE/15beneficioABC.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/1DED1ACA3C2B7953052577C100512097/$FILE/15beneficioABC.pdf)>.

3 MAPELLI, CAAMAÑO, SALINERO, ESEVERRI y BOUSQUIER. Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad: Una mirada comparada. Pág. 281. <<http://www.dpp.cl/resources/upload/94ea454848933ba928b c545a14f3c0bb.pdf>>.

En efecto, de acuerdo al “Manual de Beneficios Penitenciarios y de Lineamientos del Modelo Procesal Acusatorio”, emitido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, los beneficios penitenciarios son “*mecanismos que promueven la resocialización del privado de libertad a través de su participación en actividades laborales, educativas y los servicios psicológicos, legales y sociales que ofrece la administración penitenciaria, así como a través de las actividades que los propios internos implementan con tal finalidad*”⁴.

Para Ulises Yaya, en cambio, los beneficios penitenciarios no son otra cosa que mecanismos que “estimulan la readaptación social del interno y, entre otras cosas más, permiten la reinserción paulatina en la sociedad de personas condenadas a pena privativa de libertad efectiva, que muestren progreso en su readaptación, además coadyuvan a la destugurización de los Establecimientos Penitenciarios”

Sin embargo, al ser los beneficios penitenciarios una suerte de mecanismo destinado a incentivar al sentenciado a actuar lícitamente ¿Cuál sería su verdadera Naturaleza? ¿Derecho o Garantía?

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2700-2006-PHC/TC, de 23 de marzo de 2007, precisa que los beneficios penitenciarios

“no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, a fin de concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno”.

En efecto, no se podría decir que los beneficios penitenciarios son derechos fundamentales, toda vez que, cuando se habla de estos, se definen como “**aquellos derechos subjetivos garantizados con jerarquía Constitucional que se consideran esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana**”⁵, convirtiéndose de esa forma en “bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad”⁶, no tratándose, en el caso de los beneficios penitenciarios, de bienes jurídicos necesitados de protección, sino de incentivos dirigidos hacia los sentenciados, que por su buen comportamiento la norma les garantiza una disminución de la pena o la semi-libertad.

Margarett Mattos, en su artículo sobre “Beneficios o Derechos Penitenciarios”, discrepa de ello, en tanto que “*al aceptar que los beneficios penitenciarios son estímulos al tratamiento progresivo y se otorgan en recompensa a la respuesta favorable del interno hacia dicho tratamiento penitenciario,*

4 GALLIRGOS V, R (Dir.). Manual de Beneficios Penitenciarios y de Lineamientos del Modelo Procesal Acusatorio. Pág. 27. <<http://sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/portada/manual-de-beneficios-penitenciarios.pdf>>.

5 Citado por: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Derechos Fundamentales. <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-351s.pdf>>. Pág. 1.

6 Citado por: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. La constitución en la jurisprudencia del tribunal constitucional. 1ra Edición. Perú. Editorial Gaceta Jurídica S.A. 2006. Pag. 21.

el juez podría evaluar conceder o no dichos beneficios sin ningún tipo de límite, ni restricción”.⁷

El Tribunal Constitucional, en ese aspecto, a través de reiterada jurisprudencia, ha determinado que los beneficios definitivamente no son derechos, “sino garantías previstas por el derecho de ejecución penal”, que abren la posibilidad de conceder un beneficio o incentivo a la persona que desee rehabilitarse.

Sobre este particular, el Código de Ejecución Penal peruano, en su artículo 42°, señala expresamente que son beneficios penitenciarios “los permisos de salida, reducción de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad, liberación condicional, visita íntima u otros beneficios”, siendo que mediante Resolución Administrativa N° 297-2011-P-PJ se establece que la naturaleza de los beneficios penitenciarios, específicamente los de semi-libertad y liberación condicional, son la de un estímulo o incentivo y no la de un derecho, constituyendo la concesión de uno de ellos una actividad discrecional del Juez.

III. JUSTICIA MILITAR POLICIAL: NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS DE FUNCIÓN

Cuando en 1898 se promulgó el primer Código de Justicia Militar, la competencia de la jurisdicción militar era amplia y los delitos tipificados en el podían ser cometidos, con generalidad, tanto por militares como por civiles. Esa tendencia se mantuvo

en los siguientes códigos de 1939, 1950 y 1963, hasta que, a raíz de la promulgación de la Constitución de 1979, la competencia de la jurisdicción militar se limitó a los delitos de función que, no obstante, no fue debidamente reflejado en el Código de Justicia Militar de 1980.

Desde el año 2001 y los siguientes años de esa década, se discutió sobre los alcances del delito de función y hoy está determinado legal y jurisprudencialmente. En cuanto al ámbito supra nacional, es interesante referir que hay varias sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los límites de la jurisdicción militar; entre ellas, la dictada el 29 de noviembre de 2006 en el caso “La Cantuta”. En dicha sentencia se establece que “en un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional”, en el sentido de que “solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”, afectándose el derecho del juez natural en caso de que el Fuero Militar “asuma la competencia sobre asunto que debe conocer la justicia ordinaria”.

En cuanto al delito de función en la Constitución Política del Perú en vigencia, si bien no es evidente una definición de tal concepto, fija sus parámetros en el artículo 173° al precisar que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, al cometer delitos de función, “están sometidos al fuero respectivo y al Código de

7 MATOS O, M. ¿Beneficios o Derechos Penitenciarios? Pág. 02. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/17480/17759>>.

Justicia Militar”, que no es aplicable a los civiles; sin embargo, dicho presupuesto admite una excepción, en tanto permite se procese a civiles, cuando estos hayan cometido el delito de Traición a la Patria y Terrorismo que la ley determina.

La Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial N° 64, de marzo de 2002, señala que modernamente el denominado “delito de función” es y debe ser llamado “delito militar”, definiéndolo como “*aquella acción u omisión que de una manera u otra, específicamente, destruya o anule, disminuya o perjudique, en cuanto a su función de elemento bélico del Estado, los elementos del material humano o del material físico del mismo*”⁸; además, agrega, que dicho delito se caracteriza principalmente por ser un delito especial, por cuanto amenaza con la imposición de una pena a un cerrado círculo de autores, siendo la situación militar una condición objetiva del sujeto activo del delito, lo que lo diferencia del delito común, pues estos sólo en determinados casos consideran como elemento objetivo la especial situación del autor.⁹

Al respecto, Bernal Ballesteros sostiene que “la interpretación sobre lo que es delito de función (objeto básico de la competencia *ratione materiae* de los tribunales militares) debe ser restrictiva y abarcar sólo aquellos casos que indiscutiblemente son asuntos castrenses o policiales, con lo que

se evitaría desigualdades de trato y se crearían condiciones de moralización mucho más efectivas”.¹⁰

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 02557-2009-PHC/TC, de 11 de noviembre de 2009, establece que para que una conducta pueda ser delito de función, deben concurrir tres exigencias:

- a) El hecho debe ser cometido por un agente en situación de actividad;
- b) La conducta imputada debe ser cometida en el ejercicio de las funciones policiales o militares (Acto de Servicio); y,
- c) Que el acto en cuestión infrinja un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses, el que además se configura de los fines constitucionales y legales establecidos a dichas instituciones.

El Código de Justicia Militar Policial, denominado Código Penal Militar Policial vigente, por su parte, define el delito de función como aquella “*conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto de servicio o en ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización,*

8 Citado por la Defensoría del Pueblo: BADARACCO Raúl Augusto, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo VI. Buenos Aires, 1979, p.441. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_64.pdf>.

9 Informe N° 64 de la Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_64.pdf>.

10 SAN MARTIN C, C. Algunos Aspectos de la Justicia Militar. Perú. Pág. 17-18. <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2001_07.pdf>.

*operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú*¹¹ (subrayado propio).

En síntesis, la naturaleza del delito de función va ligada a la situación especial del agente y a la conducta que realizó como correlato del servicio o con ocasión de él. Además, se destaca la esencialidad de la conducta perpetrada y el bien jurídico vulnerado, que difiere de los bienes jurídicos que se cautelan en la jurisdicción común. De otro lado, debido a la condición del agente y la importancia del rol constitucional que desempeñan las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en la defensa nacional y el control interno, respectivamente, el delito de función trasciende intereses individuales.

IV. FUNCIÓN DE LAS PENAS EN EL FUERO COMÚN Y SU DIFERENCIA CON LAS DEL FUERO MILITAR POLICIAL

El Código Penal de 1924 adoptó un sistema dualista de penas y medidas de seguridad, lo cual, para su época, fue un notable avance que afiliaba nuestro sistema penal a los planteamientos políticos criminales de la doble vía; pero, también, el legislador renovó las características de otras sanciones tradicionales como la multa. La inequitativa utilización de las penas de multa e inhabilitación, unida a la recurrente actitud sobre criminalizadora del Estado, determinaron que ambas sanciones fueran perdiendo, con

el tiempo, autonomía aplicativa y se quedarán relegadas a un rol meramente accesorio o secundario.

La pena privativa de la libertad tuvo un origen, paradójicamente, revolucionario y humanista. Como bien lo resumen BUSTOS y HORMAZÁBAL: *“Su humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general las de carácter corporal. Su utilitarismo en aprovechar para el Estado y para regular para el mercado de trabajo la mano de obra ociosa y marginal. Su resocialización consistía justamente en disciplinar al campesino y al marginal para el trabajo en la fábrica”*¹² Sin embargo, su evolución la fue transformado en un instrumento político criminal simbólicamente efectista, cada vez más deshumanizado en su ejecución y con discursos de justificación veladamente reaccionarios. En tal sentido, como advierte GARCÍA MÉNDEZ, en la escena contemporánea la pena privativa de libertad no sólo está en crisis, sino que ha perdido legitimidad; ella ha fracasado como instrumento de control social por su constante ineficacia.

El sistema de penas en el fuero común de nuestro país no ha sido ajeno a tan fatal y paradójica constatación evolutiva. Es más, los efectos perniciosos de la prisión en el Perú han convertido a la ejecución de las penas privativas de libertad en un inveterado indicador de las graves carencias sociales y políticas de nuestro Estado y Sociedad. Es correcta, por tanto, la apreciación de la doctrina, cuando sostiene que históricamente

11 Artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo 1094, de 1° de setiembre de 2010.

12 Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Editorial Trotta. Madrid. 1997, p.176.

sucesos y acciones aisladas como la promulgación del Código Penal de 1863 y la construcción de una Penitenciaría Central en Lima, fueron, quizás, los más serios esfuerzos desplegados por el Estado peruano para organizar un sistema penitenciario eficiente.

En la actualidad, pese a existir un sistema normativo de ejecución penal moderno e inspirado en la ideología del tratamiento y el humanismo penitenciario, la pena privativa de libertad todavía se ejecuta en locales y ambientes donde coexisten la anarquía, la promiscuidad, la explotación, la insalubridad y el hambre, realidad cruel que ridiculiza las aspiraciones programáticas de reinserción social proclamadas por el artículo 140°, inciso 22, de la Constitución o en el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal de 1991.

Como sostiene MANZANO MARTEL, la realidad carcelaria del país, donde la tasa nacional de sobrepoblación registrada hasta setiembre de 2008 era del 189% y la de hacinamiento del 64%, permite concluir lo siguiente: *“No hay capacidad en los Establecimientos Penitenciarios para albergar más internos. Los Establecimientos Penitenciarios no logran cumplir con la función de resocialización y reinserción del privado de la libertad, debido en gran parte al hacinamiento. Los Establecimientos Penitenciarios no son el marco adecuado para lograr la reinserción de los internos”*.

Situación diferente es la que ocurre en el Fuero Militar Policial, donde cada Instituto de la Fuerza Armada o la Policía Nacional cuentan con un centro de reclusión para sus integrantes que cometen delitos de función, teniendo las facilidades y comodidades para su reinserción a la sociedad, bajo las reglas del cumplimiento de su condena,

acorde con las garantías, principios y derechos establecidos en la Constitución Política del Estado y los instrumentos internacionales ratificados por el Perú. Cabe resaltar que, por el índice de internos, los centros de reclusión militar y policial promueven las actividades necesarias que coadyuvan a la rehabilitación del interno.

V. BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN LA JURISDICCIÓN COMÚN

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, beneficio proviene del latín “beneficium” y significa, entre varias de sus acepciones, “Bien que se hace o se recibe”, “provecho”. El término penitenciario se refiere a las medidas que, articuladas como derechos en el marco penitenciario y con el fin de facilitar la reeducación y la reinserción social del recluso, permiten la reducción de la duración de la condena o el adelantamiento de la libertad condicional.

Los beneficios penitenciarios son incentivos, estímulos y recompensas, que de una parte permiten la reducción de la condena, es decir, aminorar el tiempo de la pena privativa de libertad que le ha sido fijada al interno en la sentencia condenatoria, y de otro lado, mejora las condiciones de detención del interno.

La concesión o denegación de los beneficios penitenciarios (*de Semilibertad y Liberación Condicional*), deben sustentarse en la existencia o no de confianza por parte del magistrado, que una vez puesto en libertad el interno o interna, no volverá a delinquir. Ello en correlación con el *Acuerdo Plenario 9/97, en cuyo artículo primero se precisa: “El Juez para conceder o denegar los beneficios penitenciarios de Semilibertad*

o Liberación Condicional, puede sustentar su decisión en todos los elementos técnico - penitenciarios, en los aportados por el peticionante y los referidos a las condiciones personales del interno, los que deben ser objeto de una apreciación lógica - crítica e integral, en base a los principios rectores que orientan el sistema y tratamiento penitenciario”.

En cuanto al beneficio de semilibertad, es solicitado para que el interno egrese del Establecimiento Penitenciario con fines de estudio o trabajo y retorne en la noche al establecimiento penitenciario o a una casa de semilibertad, sujeto a control **de la entidad penitenciaria y del representante del Ministerio Público. Los orígenes del beneficio penitenciario de Semilibertad provienen de diversas normas legales como la Ley N°. 10129 de 1945 y el Decreto - Ley N°. 17581. Actualmente, el beneficio penitenciario de semilibertad se encuentra regulado en los artículos 48° al 52° del Código de Ejecución Penal.**

Sobre este beneficio penitenciario, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente; así, en el EXP. N°. 1161-2006-PHC/TC, dijo: *“El beneficio penitenciario de semilibertad, el cual permite al penado egresar del establecimiento penitenciario antes de haber cumplido la totalidad de la pena privativa de libertad impuesta, se concede atendiendo al cumplimiento de los requisitos legales exigidos y a la evaluación previa que realice el juez respecto al interno, estimación que eventualmente le permita suponer que la pena ha cumplido su efecto resocializador dando muestras razonables de la rehabilitación del penado y por tanto, que le corresponda su reincorporación a la sociedad.”*

De la misma forma, en referencia al beneficio penitenciario de semilibertad,

el Tribunal Constitucional se ha manifestado en la sentencia. N° 6194-2007-PHC/TC: *“(…) De este modo tienen cobertura dentro de nuestro ordenamiento de beneficios penitenciarios tales como el de semilibertad, el cual permite al penado egresar del establecimiento penitenciario antes de haber cumplido la totalidad de la pena privativa de libertad impuesta, en caso de que la pena haya cumplido su efecto resocializador.”*

En atención a ello, el artículo 50° del Código de Ejecución Penal precisa que, *“El beneficio será concedido en los casos en que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer que no cometerá nuevo delito. De producirse este hecho, el mismo cuerpo normativo ha establecido en su artículo 52° que “La semilibertad se revoca si el beneficiado comete un nuevo delito doloso o incumple las reglas de conducta establecidas en el artículo 58° del Código Penal, en cuanto sean aplicables”.*

MODALIDADES DE LA SEMILIBERTAD:

1) Semilibertad ordinaria.

El interno que desee acogerse a este beneficio penitenciario tiene que haber cumplido un tercio de la pena (1/3) de reclusión efectiva exigida por ley, y sólo para ciertos delitos comunes.

2) Semilibertad extraordinaria.

El interno que desee acogerse a este beneficio penitenciario, tiene que haber cumplido las dos terceras partes (2/3) de la pena efectiva exigida por ley, para otro grupo de delitos comunes con mayor gravedad.

REQUISITOS:

Una vez que el interno haya cumplido el tiempo necesario para solicitar el beneficio penitenciario de semilibertad, deberá presentar ante el Consejo Técnico Penitenciario del establecimiento penal, los siguientes documentos:

- Copia certificada de la sentencia expedida por el órgano jurisdiccional (*La sentencia tiene que estar inscrita en el Registro Nacional de Condenas y en el Instituto Nacional Penitenciario*);
- Solicitud dirigida al presidente del Consejo Técnico Penitenciario del Establecimiento Penal;
- Declaración de compromiso de pago de la reparación civil (*Solo si no ha cancelado la totalidad de la suma impuesta por el órgano jurisdiccional como reparación civil en la sentencia condenatoria*);
- Declaración de compromiso de pago de los días - multa (*Solo si la sentencia lo fija y si no se ha cancelado la totalidad de la suma impuesta por el órgano jurisdiccional*). Ello se refiere a algunos delitos como ejemplo el de tráfico ilícito de drogas;
- Certificado domiciliario vigente que acredite el domicilio o el lugar de alojamiento. (*Expedido por la Municipalidad Distrital o Notaría*). El interno, para solicitar este documento, tiene que requerir la «Constancia de Reclusión» ante el área de registro del establecimiento penal donde se encuentra recluso;
- Depósito judicial por concepto de pago de la reparación civil y días multa; y,

- Pago de las tasas correspondientes según el TUPA del Instituto Nacional Penitenciario.

Una vez presentados los documentos indicados y luego del pago de las tasas correspondientes, el Consejo Técnico Penitenciario del Establecimiento Penal organizará el expediente administrativo de semilibertad, para lo cual solicitará los informes de las áreas legal, psicológica, social, trabajo (*CETPRO-Centro de Educación Técnico Productiva*) y estudio (*CEBA-Centro de Educación Básica Alternativa*) del interno. Elaborará el certificado de conducta a fin de verificar si el interno posee alguna sanción disciplinaria y solicitará los antecedentes judiciales y penales (*Hoja Penológica*) a la Dirección Regional del Instituto Nacional Penitenciario; igualmente, solicitará el certificado a fin de verificar si el interno tiene algún proceso con mandato de detención. Con todos los documentos expuestos, el Consejo Técnico Penitenciario, el cual estará conformado por el director del establecimiento penal, el administrador, el jefe de seguridad y el jefe del Órgano Técnico de Tratamiento, suscribirán el acta evaluativa correspondiente y luego, el expediente es remitido al órgano jurisdiccional para que se pronuncie, previo dictamen fiscal.

VI. BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN EL FUERO MILITAR POLICIAL

El Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094, prevé los beneficios penitenciarios en su Título IV: Permiso de salida; Redención de la pena; Prelibertad; y Liberación condicional.

Conforme al artículo 487°, el interno podrá obtener el beneficio de salida del

centro de reclusión militar policial hasta por setenta y dos horas, previa autorización del juez militar policial encargado de la ejecución de la pena, en los casos siguientes:

- a) Muerte o enfermedad grave debidamente comprobada del cónyuge o concubino, padres, hijos o hermanos del interno;
- b) Nacimiento de hijos del interno; y
- c) Realizar gestiones personales de carácter extraordinario y que demanden, necesariamente, la presencia del interno en el lugar de la gestión.

En cuanto a la redención de la pena, de acuerdo al artículo 488°, el interno podrá redimir la pena de privación de libertad por trabajo o estudio. La redención de pena se aplicará a razón de un día por cada cinco días de educación o trabajo. Este beneficio no es acumulable cuando la actividad laboral o educativa se realiza simultáneamente. No pueden redimir su pena por el trabajo o el estudio los que cumplen condena por los delitos contra la defensa nacional (Traición a la Patria, rebelión, sedición, motín, derrotismo, infidencia, etc.), capitulación indebida y cobardía, así como delitos que afectan los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y el orden interno.

La prelibertad, conforme al artículo 490°, constituye la fase de preparación y relación del interno con la comunidad y su familia, con la finalidad de alcanzar en forma gradual su reinserción en la sociedad. Se podrá acceder luego del cumplimiento de los dos tercios de la condena, siempre que la pena sea mayor de tres años y los delitos por los que cumple condena no sean los previstos en el artículo anterior.

El juez militar policial encargado de la ejecución, podrá conceder al interno que se

encuentre en fase de prelibertad, los beneficios siguientes:

- a) Permiso de salida el fin de semana, en cuyo caso, egresará del centro el sábado a las ocho horas y retornará el domingo antes de las veinte horas; o
- b) Salida diurna permanente a partir de las siete horas, con la obligación de retornar al centro a pernoctar antes de las veinte horas (artículo 491°).

Para la concesión del beneficio de prelibertad, es necesario contar con el informe favorable de los profesionales encargados del plan de atención. El juez encargado de la ejecución, previa vista fiscal, podrá conceder el beneficio, estableciendo determinadas reglas de conducta, cuyo incumplimiento dará motivo al juez a revocar la prelibertad.

La liberación condicional se concede al sentenciado que ha cumplido los dos tercios de la pena, siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención. No podrá ser liberado condicionalmente el condenado por los delitos contra la defensa nacional, capitulación indebida y cobardía, delitos que afectan los bienes destinados a la defensa, la seguridad nacional y el orden interno (artículo 494°).

Para la concesión de la liberación condicional, de acuerdo con el artículo 495°, deberá cumplirse con los requisitos siguientes:

- a) Constancia de haber desarrollado actividades de trabajo o estudio en el centro de reclusión, la que deberá contener el cómputo de redención;
- b) Que haya observado buena conducta;
- c) Que tenga el propósito de desarrollar alguna actividad laboral o educativa en libertad;

- d) Informe favorable emitido por los profesionales encargados del plan de atención del condenado; y
- e) Certificado policial que acredite el lugar de su domicilio.

El artículo 496° señala el procedimiento a seguir para hacer efectiva la liberación condicional y el artículo 497° para revocarla en caso de incumplimiento de las reglas de conducta dictadas por el juez.

VII. APLICACIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL

No obstante, lo claros que resultan los artículos del Código Penal Militar Policial sobre los beneficios penitenciarios, se viene observando en la práctica judicial que se conceden beneficios penitenciarios de semilibertad en la jurisdicción militar policial, pese a que en esta jurisdicción no se prevé ese tipo de beneficio. Si bien el código admite la aplicación supletoria y excepcional de algunas normas aplicables en la jurisdicción común, estas no se ajustan a la realidad penitenciaria de la jurisdicción militar.

La aplicación de beneficios penitenciarios comunes en la jurisdicción militar desnaturaliza el espíritu de dichos beneficios y afecta la correcta aplicación del sistema de penas, toda vez que existe una gran diferencia en la temporalidad de las penas efectivas impuestas en el Fuero Común y el Fuero Militar Policial, situación que se considera relevante para la aplicación de los mecanismos jurídicos que permiten reducir la prisión de un condenado, de acuerdo a la propia naturaleza de la jurisdicción militar policial.

Es importante cautelar los fines de la pena en la justicia militar policial, puesto

que a la fecha existen pronunciamientos aplicando el beneficio penitenciario de semilibertad, sin tener en cuenta que el Código Penal Militar Policial tiene un título completo sobre beneficios penitenciarios, de acuerdo a la naturaleza de los delitos de función y a los fines de la pena; más aún, sin considerar que el rango de las penas efectivas en el fuero común fluctúan entre los 3 meses y los 35 años de pena privativa de libertad y conforme al Código Penal Militar Policial la pena mínima a imponer es de un año. Bajo ese entendido, cualquier sentenciado a quien se conceda el beneficio de semilibertad, no cumpliría ni la mitad de la pena impuesta, lo que afectaría la razón de la pena.

Muchos aspectos de la ejecución penal dependerán de dicha determinación, teniendo en consideración que la mayoría de los delitos de función son sancionados con pena privativa de la libertad de corta duración, por lo cual sólo pueden aplicarse los beneficios que establecen en el Código Penal Militar Policial y no la semilibertad, que está orientada a una pena más larga como ocurre en el fuero común, donde la pena mínima para ser efectiva es de 4 años, a diferencia del fuero militar donde las penas pueden ser efectivas desde los 3 meses.

VIII. ANÁLISIS Y ALCANCE DE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS NORMAS EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL

VIII.1. Los vacíos y defectos de la norma

Doctrinariamente se denomina alguna jurídica o del Derecho, a la ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta. Es una situación de vacío en la ley, porque se ha omitido en su texto la

regulación concreta de una determinada situación, parte o negocio, que no encuentre respuesta legal específica. Ello obliga a quienes aplican dicha ley (jueces, abogados, fiscales, etc.) a emplear técnicas sustitutivas del vacío, con las cuales obtener respuesta eficaz a la expresada tala legal.

Ante esta situación, si a un juez se le solicita una resolución, no puede negarse y debe suplir la laguna jurídica a través de distintas herramientas. Las más habituales son:

- **Derecho supletorio:** El juez acude a la regulación de una rama del derecho supletorio. En este caso no existe una laguna jurídica propiamente dicha, porque existe una regulación que, por defecto, es aplicable.
- **Interpretación extensiva:** El juez hace una interpretación lo más extensiva posible de una norma cercana, de forma que abarque más situaciones de las que en principio abarcaría, y con la intención de que supla la ausencia de regulación existente.
- **Analogía:** El juez aplica normas que están dictadas para situaciones esencialmente parecidas. En este caso, el juez crea una norma.
- Acudir a otras **fuentes del Derecho** como la **costumbre** o los **principios generales del Derecho**.

Otra técnica significativa para la solución de "lagunas jurídicas" es la de las normas cruzadas con distintos rangos: unas principales y otras supletorias, de modo que se sabe cuál debe aplicarse con preeminencia y, al mismo tiempo, entre del derecho principal y el derecho supletorio,

minimizándose al máximo la probabilidad de la existencia de lagunas del Derecho.

VIII.2. La integración jurídica

El problema de los vacíos de la ley no es el reconocer que aquello existe, pues la imperfección es obvia e incluso admitida por la propia ley, sino cómo debemos actuar cuando estamos frente a un verdadero vacío legal. De esta manera recurriremos a un proceso de integración.

Por la integración jurídica entendemos aquel procedimiento por el cual, ante la falta o deficiencia de una norma para un caso concreto, se integra o une el ordenamiento jurídico, para llenar aquel vacío. La interpretación presupone la existencia de la norma a la que se debe aclarar o esclarecer, más, cuando la interpretación resulta impotente para resolver un caso concreto, el intérprete (en especial el juez) debe dejar de ser tal para pasar a cumplir una función integradora, es decir, completar o llenar los vacíos.

VIII.3. Criterios para la aplicación de una norma ante un vacío o defecto de otra

El juez, ya sea en la jurisdicción común o en la militar, debe acoger como criterio para justificar sus decisiones ante el vacío o defecto de una norma, la aplicación del Principio de Supletoriedad, que debe ir de la mano con el procedimiento de integración que se liga para enfrentar un vacío legal; esto, en virtud de conservar la coherencia y plenitud del sistema jurídico, claro está, siempre que no sea incompatible con la naturaleza de la materia.

En ese sentido, el principio de legalidad procesal de ninguna forma se ve alterado

o vulnerado, cuando se pretende suplir un vacío o defecto de la ley; por cuanto el juez¹³ no sólo tiene la facultad de interpretación para resolver un caso concreto, sino, además, una función integradora, es decir, completar o llenar los vacíos legales.

En el caso concreto del que tratamos en este artículo, el Código Penal Militar Policial no prevé el beneficio penitenciario de semilibertad, sino otros beneficios acordes con la naturaleza y temporalidad de las penas que se aplican en la jurisdicción militar, por tanto, aplicar supletoriamente beneficios penitenciarios que se conceden en el fuero común trastoca la ley y no tiene nada que ver con la supletoriedad, la interpretación o la integración de que hablamos.

IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

IX.1. Conclusiones

1. En la actualidad, al no contar con un reglamento¹⁴ que facilite la vigencia del título relativo a la ejecución de las penas en el Código Penal Militar Policial, no se materializan debidamente los procedimientos establecidos en dicha norma, lo que conlleva a que los internos de los Centros de Reclusión Militar y Policial soliciten beneficios penitenciarios no contemplados en

nuestra legislación penal militar policial.

2. No existe uniformidad de criterio entre los jueces militares policiales cuando resuelven un pedido de beneficio penitenciario de semilibertad.
3. El principio de supletoriedad debe ir de la mano con el procedimiento de integración que se requiere para enfrentar un vacío legal; esto en virtud de conservar la coherencia y plenitud del sistema jurídico, claro está, siempre que no sea incompatible con la naturaleza de la materia.

IX.2. Recomendaciones

1. Se viabilice, con el carácter de urgente, el Reglamento de Ejecución Penal Militar Policial, a efectos de que se cumplan con los procedimientos establecidos para la ejecución de las sentencias emitidas por la jurisdicción militar, sin trastocar su esencia y facilitando la solicitud de los internos.
2. Mientras se apruebe el reglamento sugerido, que se establezcan, mediante acuerdos jurisprudenciales, los límites de la aplicación supletoria en la ejecución de sentencias, particularmente, en la concesión de beneficios penitenciarios.

13 Como anotan Horvitz y López, si se entiende el principio desde la perspectiva del Tribunal, como principio dirigido hacia la actividad del Tribunal (como nosotros lo hacemos) rige el principio de aportación de parte, que veda al juez intervenir en la realización de actos de investigación y de intervención de producción de la prueba (2005: 42).

14 Nota del editor. El Reglamento de Ejecución Penal Militar Policial fue formulado oportunamente y remitido a los ministerios de Defensa y el Interior para su revisión y aprobación, lo que no ha ocurrido hasta la fecha, no obstante haberse reiterado su aprobación.

III. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ÁGUILA & CALDERÓN, Derecho Penal, Editorial San Marcos, 1ra. Ed., 2007, Lima.
- BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL MALAREE, Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Editorial Trotta. Madrid. 1997, p.176
- CARO JOHN, José Antonio, SUMMA PENAL, Jurisprudencia Penal, Procesal Penal, Penitenciario, Tomo 2, 1ra. Edición, Lima, Editorial Nomos & Thesis, octubre 2006.
- ESPASA, “Diccionario Jurídico Espasa, Lex”, Madrid, Ed. Espasa Calpe S.A, 2001.
- MANZANO, Liliam, Penas Limitativas de Derechos: Ejecución y Problemática. Separata. Oficina Regional Oriente INPE- Pucallpa. Mayo 2009, ps. 3 a 5.
- MENZALA, W. Derecho Penitenciario, UNMSM, Lima 2001.

FUENTES DE TIPO LEGAL:

- Constitución Política del Estado de 1993, promulgada el 29 de diciembre de 1993.
- Código Penal Militar Policial de 2010, aprobado por D. Leg. 1094, de 1° de setiembre de 2010.
- Código de Ejecución Penal.
- Código Penal Peruano.

OTRAS FUENTES:

- Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio. Lima.

Alfredo J.F. Balbuena Pareja¹

“LA INVESTIGACIÓN PATRIMONIAL DEL DELITO”

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. REPARACIÓN CIVIL; 3. INDAGACIÓN PATRIMONIAL DEL DELITO; 4. BIENES EMBARGABLES EN LA INVESTIGACIÓN PENAL.; Y 5. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El autor analiza los parámetros legales de la reparación civil en el proceso penal acusatorio, tanto en la jurisdicción común como en la militar. Hace referencia a las instituciones del Derecho Civil y del Derecho Procesal Civil que repercuten en el proceso penal y las medidas que se deben adoptar para asegurar el pago de la reparación civil futura, de encontrarse responsable al procesado por el delito que se le imputa. Hace notar, igualmente, las diferencias existentes en la aplicación de la reparación civil en el fuero común y en la jurisdicción militar, donde el Estado es siempre el agraviado.

ABSTRACT

The author analyzes legal parameters of civil compensation in accusatory criminal proceedings, both in the common and the military jurisdiction. It refers to the institutions of Civil Law and Civil Procedural Law that

1 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Magister en Derecho Procesal (USMP), estudios concluidos de Doctorado en Derecho (USMP) y de la Maestría en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Oficial de la Fuerza Aérea del Perú, actualmente, Asesor Jurídico del Grupo Aéreo N° 2.

have an impact on the criminal process and the measures that must be adopted to ensure the payment of future civil damages, if the accused is found liable for the crime charged. It also notes the existing differences in the application of civil compensation at the common jurisdiction and the military jurisdiction, where the State is always the victim.

1. INTRODUCCIÓN

El fin del proceso penal es lograr que se imponga las consecuencias jurídicas previstas en la norma. No cabe duda de que esto es posible cuando existe una actividad probatoria previa que permita una reconstrucción comprobada de los hechos (verdad formal) así como una demostración de la responsabilidad del imputado. Por eso, una habilitación de la pena supone que se ha verificado con anterioridad que la punición es posible y, esto, a su vez, que se ha acreditado que un delito ha ocurrido y que el imputado puede ser considerado responsable de él. Pero, además, el proceso sirve para satisfacer a la víctima en su pretensión reparatoria (que, en muchos casos, no es equivalente a una mera aspiración pecuniaria). Sin embargo, como es notorio, que el proceso llegue a satisfacer una idea más exigente que el de la justicia, en su sentido más jurídico, es dudoso. Aquí, por lo tanto, no queda sino garantizar que las pretensiones punitivas del Estado e indemnizatoria de la víctima, podrán ser satisfechas, lo que

presupone que el Estado haya asegurado la consecuencia jurídica prevista en la norma y, con ello, la materialización de la justicia y la realización del Derecho².

Dentro del proceso penal existe una combinación de los principios tanto del proceso civil como del proceso penal, subordinados a la declaración de la certeza penal. Todo lo relacionado con la reparación se regula por los principios del proceso civil, pero siempre bajo la actividad del Instructor. La relación procesal civil es mantenida por el impulso de la parte agraviada y queda sometida a su voluntad (...) Del delito surgen dos acciones: una penal, encaminada a sancionar la trasgresión de la ley penal; y otra, civil, cuya finalidad es procurar el resarcimiento del daño causado con el delito. Esta segunda acción es subsidiaria, porque su éxito depende de la primera, de manera que, si la penal se extingue, es declarada infundada o por carecer de sujeto conocido y capaz, no puede alcanzar éxito, la segunda corre igual suerte dentro de la vía penal. La acción civil derivada del delito depende de que la penal alcance su finalidad sancionadora³.

En esta línea, el presente artículo tiene por finalidad analizar cómo se puede materializar la acción civil generada por la presunta comisión de un hecho delictivo en un proceso penal, focalizando ello en la investigación del delito, pero no desde una perspectiva penal sino civil o patrimonial,

2 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso/URQUIZO VIDELA, Gustavo (2011) Las Medidas Coercitivas Personales y Reales en la Jurisprudencia (2009-2010). Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, Lima, páginas 7 y 8.

3 GARCIA RADA, Domingo (2009) Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Fondo Editorial Asociación Civil "Mercurio Peruano", Segunda Edición revisada y corregida, Lima, página 198.

en busca de establecer criterios o pautas para identificar que bienes registra o posee el imputado y cuáles pueden ser embargables ante una eventual imposición de una reparación civil.

2. REPARACIÓN CIVIL

El proceso penal que se genera en relación a la imputación de un delito, tiene como objetivo principal la determinación de la comisión del hecho imputado, la responsabilidad de los imputados y, en su caso, la determinación de la pena que corresponde; pero, además de esto, el artículo 92° del Código Penal establece que conjuntamente con la pena deberá determinarse la Reparación Civil. No obstante que la reparación civil es una pretensión privada, la norma penal obliga al juzgador a determinar la reparación civil conjuntamente con la pena, aunque la parte agraviada no haya hecho valer tal pretensión⁴. Este mismo criterio, es recogido en el artículo 51° del Código Penal Miliar Policial.

El delito no solo es ilícito penal sino también ilícito civil, que deriva de un hecho injusto, productor del daño: el que la tradición denominaba delito civil y que hoy recibe el nombre de hecho ilícito. El ilícito civil no siempre es ilícito penal; en cambio el ilícito penal constituye siempre un ilícito civil. El hecho que como ilícito penal provoca la

reacción de la pena, como ilícito civil determina el derecho al resarcimiento del daño.⁵

Asimismo, es importante mencionar que tanto el Código Penal Común como el Código Castrense en sus artículos 101° y 55°, respectivamente, establecen, de manera uniforme, que la reparación civil se rige, además, por las disposiciones del Código Civil; es decir, correspondería aplicar y considerar los preceptos legales establecidos en la Sección Sexta del Libro VII – Fuentes de las Obligaciones del Código Civil.

2.1. Restitución del Bien

La Restitución deberá hacerse con la misma cosa, siempre que sea posible. La devolución de la especie sustraída, es la forma más completa de reparar el daño; si hubiere deterioros o menoscabos, éstos deberán ser indemnizados, a criterio del Tribunal.⁶ La restitución, consiste en la restauración material del estado anterior a la violación del derecho. Puede tener por objeto las cosas muebles robadas o apoderadas y las cosas inmuebles a cuya posesión se haya llegado mediante una usurpación. Si la restitución es imposible de hecho (Destrucción o pérdida), o legalmente (Derecho legítimamente adquirido por un tercero), el damnificado puede exigir en sustitución de ella y como reparación, el pago del valor del bien. Si la

4 VÁSQUEZ VÁSQUES, Marlio (2015) Reparación Civil y Medida Cautelar de Embargo en el Proceso Penal – Una revisión comparativa con el Nuevo Código Procesal Penal de 2004. Nuevo Código Procesal Penal Comentado, Ediciones Legales, Lima – Perú, página 1061.

5 GARCIA RADA, Domingo (2008) Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Segunda Edición, Página 335.

6 GARCIA RADA, Domingo (2012) Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo IV, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Novena Edición revisada, Lima, página 405.

falta de restitución fuese parcial, la reparación consistirá en el pago de la diferencia del valor actual del bien.⁷

2.2. Indemnización por daños y perjuicios

La indemnización es el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado; es la suma de dinero con que se indemniza. Se entiende que es la reparación del perjuicio causado. Es “resarcir de un daño o perjuicio”. En el campo penal, la indemnización repara el daño causado no solo al que lo sufre sino también a la familia o a un tercero⁸. Para ello es necesario observar lo señalado en los artículos 1969⁹ y 1985¹⁰ del Código Civil.

3. INDAGACIÓN PATRIMONIAL DEL DELITO

La indagación sobre los bienes que pueden ser objeto de alguna medida de coerción real se encuentra establecida en el artículo 302° del Código Procesal Penal que señala: “En el curso de las primeras diligencias y durante la investigación preparatoria el Fiscal, de oficio o a solicitud de parte, indagará sobre los bienes libres o derechos embargables al imputado y al tercero civil, a

fin de asegurar la efectividad de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o el pago de las costas”. Siendo además preciso que esta postura también ha sido acogida por el Código Penal Militar Policial en su artículo 335°.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116 sobre “Delito de Lavado de Activos y Medidas de Coerción Reales”, en sus fundamentos 17 y 18, sostiene:

“17°. Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser de distinta índole y clasificación, existiendo: A. Medidas reales penales. Su objeto es garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia y que posean un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas. B. Medidas reales civiles. Son propias del proceso civil acumulado. Tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia: restitución, reparación e indemnización.

18°. El NCPP identifica cinco medidas de coerción real, las que muy bien pueden ser aplicadas en los procesos por delitos de

7 FRANCO APAZA, Pedro David (14.08.08) Alcances sobre la reparación civil en nuestro código penal; disponible en: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/14/alcances-sobre-la-reparacion-civil-en-nuestro-codigo-penal/>> (fecha de consulta el 01.08.2018).

8 GARCIA RADA, Domingo (2012) Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo IV, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Novena Edición revisada, Lima, página 408.

9 Artículo 1969.- Indemnización de daño por dolo o culpa. Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

10 Artículo 1985.- Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

lavado de activos: 1) inhibición; 2) embargo –el primero y el segundo, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil–; 3) incautación; 4) medidas anticipativas; 5) medidas preventivas contra las personas jurídicas. Se trata, pues, de medidas anticipativas. Ahora bien, aun cuando el NCPP sólo reconoce las medidas anticipativas genéricas (artículo 312° NCPP), e incorpora algunas medidas anticipativas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311° y 314° NCPP), no existe obstáculo, a partir del poder cautelar genérico del que está investida la autoridad jurisdiccional y de aplicación supletoria de la Ley Procesal Común: el Código Procesal Civil, de incorporar también para los casos de lavado de activos, las denominadas medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas. Como precisa la ley, las primeras reponen el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y, las segundas conservan la situación de hecho y de derecho presentada al incoarse el proceso (artículos 682° y 687° CPC).¹¹

El Fiscal en el NCPP posee una neta función cautelar que tiene como orientación el asegurar la futura efectividad de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito (mientras mayor sea el daño y buenas las posibilidades concretas del imputado, mayor debe ser el esfuerzo en asegurar

la reparación). Así es que la norma refiere que el fiscal, desde las primeras diligencias preliminares y durante la investigación preparatoria, debe indagar sobre los bienes libres o derechos embargables al imputado y al tercero civilmente responsable (artículo 302). Tal tarea podría desempeñarla a pedido de la parte agraviada; pero la norma es clara al sostener que ello debe hacerlo inclusive de oficio. Por cierto, que esta tarea del fiscal resulta indispensable, para luego activar el embargo y a más largo plazo pensar en reparar o, en otros términos, lograr una justicia efectiva¹¹.

En suma, en el proceso penal lo que se busca es que en el debido proceso se imponga, a los que corresponda, las consecuencias jurídicas del delito, esto es, la pena, la medida de seguridad, la reparación civil, el decomiso, las medidas contra las personas jurídicas y eventualmente la nulidad de ciertos actos defraudatorios (...) Asimismo, los involucrados en el proceso pueden buscar ocultar sus bienes a efectos de evadir el pago de la reparación civil, o también ocultar o transferir los efectos o ganancias del delito, para evitar su decomiso. Frente a estas circunstancias, el ordenamiento jurídico penal ha creado las medidas cautelares y demás medidas de coerción procesal.¹²

El fiscal aparece en el nuevo modelo obligado a hacer ejercicio de la acción civil derivada del ilícito penal que se encuentre persiguiendo. Tal tema representa una preocupación sustancial para que el agraviado

11 ANGULO ARANA, Pedro (2006) *La Investigación del Delito en el Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, página 261.

12 GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino / GUERRERO LOPEZ, Susana Ivonne (2009) *Consecuencias Accesorias del Delito y Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal*. Jurista Editores, Lima, páginas 181, 182 y 183.

sea reparado económicamente (artículo 11, inciso 1). La norma expresa que dicha obligación cesa, se entiende que inmediatamente, cuando el perjudicado se constituye en actor civil. Por ende, si bien la obligación del fiscal emana de su labor persecutoria penal, debemos entender que constituye una labor supletoria, establecida genéricamente en beneficio del agraviado¹³. En el caso de las normas procesales que señala el Código Penal Militar Policial, el ejercicio de la acción civil tiene un tratamiento distinto a la jurisdicción ordinaria, es así, porque en el caso de la jurisdicción militar policial se presentan dos supuestos: el primero, es que el agraviado sea un incapaz o no cuente con recursos económicos para ejercitar la acción civil esta podrá ser efectuada por el Fiscal Militar Policial, previa delegación; y en el segundo supuesto, cuando el agraviado es el Estado, participa únicamente el Procurador Público respectivo, estos casos están establecidos en los artículos 173° y 174° del Código Castrense Policial.

No obstante, ello, en los casos en que el agraviado sea el Estado, tanto en la jurisdicción penal común como en la militar, corresponde la participación de los Procuradores Públicos; ello, dando cumplimiento al mandato constitucional previsto en el artículo 47°, concordante con los artículos 27°, numeral 1, y 33°, **numerales 2 y 4, del Decreto Legislativo N° 1326 y el artículo 15, numeral 4, del Decreto Supremo N° 018-2019-JUS. Estos fundamentos**

guardan relación con lo señalado por el Tribunal Constitucional: “(...) la reparación civil tiene naturaleza restitutoria e indemnizatoria, debiendo la defensa del Estado realizar todas las acciones necesarias para la completa ejecución de las sentencias condenatorias firmes recaídas (...)”¹⁴.

En este sentido, se puede apreciar que las normas procesales, en un sistema acusatorio adversarial, buscan no solo una persecución eficaz del delito en su aspecto punitivo, sino, además, tratan de garantizar que la reparación civil o acción resarcitoria pueda ser materializada a través de una oportuna investigación sobre los bienes que posea el investigado y ante una eventual imposición de la reparación civil, esta pueda ser concretada y el agraviado o perjudicado vea que la justicia cumple con su finalidad de indemnizar por estos efectos dañosos.

4. BIENES EMBARGABLES EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

En las investigaciones preliminares y/o preparatorias reguladas por las normas procesales penales comunes y de la jurisdicción militar, los fiscales, en un primer momento, y el agraviado, perjudicado y/o actor civil, en un segundo momento, pueden efectuar actos de averiguación sobre el patrimonio del investigado y del posible tercero civilmente responsable (este último sujeto procesal no está considerado para la jurisdicción castrense).

13 ANGULO ARANA, Pedro (2006) La Investigación del Delito en el Nuevo Código Procesal Penal. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, página 277.

14 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03588-2011-PHC/TC, fundamento 6.

4.1. Bienes embargables

a) Bienes inmuebles.

El Código Civil, en su artículo 885°, señala lo siguiente:

- 1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.
- 2.- El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.
- 3.- Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos. (...)
- 4.- Los diques y muelles. (...)
- 5.- Las concesiones para explotar servicios públicos.
- 6.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares. (...)
- 7.- Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.
- 8.- Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad

b) Bienes muebles.

El Código Civil, en su artículo 886°, señala:

- 1.- Los vehículos terrestres de cualquier clase.
- 2.- Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
- 3.- Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.

4.- Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.

5.- Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales.

6.- Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares.

7.- Las rentas o pensiones de cualquier clase.

8.- Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.

9.- Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.

10.- Los demás bienes no comprendidos en el Artículo 885°.

4.2. Bienes inembargables

Los bienes inembargables son aquellos que están excluidos de la ejecución y no pueden ser embargados. El principio general imperante en el Derecho Civil es la responsabilidad patrimonial universal, y según este principio, el embargo puede recaer, de forma genérica, sobre cualquier bien o derecho de carácter económico que pertenezca al ejecutado. Sin embargo, el legislador puede establecer excepciones a este principio, con el fin de proteger otros

derechos, valores o intereses de carácter constitucional. Los supuestos que establece cada legislador pueden ser múltiples y variados en cada legislación¹⁵.

Constituye principio general que los bienes del deudor constituyan la garantía de cumplimiento de sus deudas. Sin embargo, por razones de orden público, de proteger la condición y dignidad humana, la subsistencia de las actividades económicas propias del obligado, entre otras, se ha establecido límites a este principio estipulándose una relación de bienes y derechos sobre los cuales no puede disponerse la medida cautelar de embargo con fines de pago de las obligaciones patrimoniales del deudor; en el caso que nos ocupa, de las obligaciones patrimoniales proveniente del delito a cargo del imputado o del tercero civil.¹⁶

Nuestro Código Procesal Civil establece un catálogo de bienes inembargables en su artículo 648°, en los siguientes términos:

- “2. Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 492 del Código Civil;
3. Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia;
4. Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el

ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado;

5. Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional;
6. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.

Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos del demandado, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley;

7. Las pensiones alimentarias;
8. Los bienes muebles de los templos religiosos; y,
9. Los sepulcros.

No obstante, pueden afectarse los bienes señalados en los incisos 3. y 4., cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos. También pueden afectarse los frutos de los bienes inembargables (...).”

5. CONCLUSIONES

- 5.1. El proceso penal tiene como objetivo establecer si determinada persona cometió o no un evento delictivo y, de ser

16 GALVEZ VILLEGAS Tomas Aladino / GUERRERO LOPEZ, Susana Ivonne (2009) Consecuencias Accesorias del Delito y Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal. Jurista Editores, Lima, páginas 243 y 244.

el caso, la imposición de una sanción penal que se manifiesta en una pena privativa de libertad (sea efectiva o suspendida) o si corresponde una absolución, si así lo amerita. Sin embargo, en ambos casos, si concurren determinadas circunstancias se deberá establecer un monto económico referido a la reparación civil, pudiéndose considerar como una consecuencia resarcitoria o reparadora por el hecho dañoso que fuera objeto de proceso penal.

- 5.2. La reparación civil constituye un ilícito civil producto de un ilícito penal, es decir, tiene su origen en un hecho de naturaleza delictiva. Esta institución comprende dos aspectos, el primero está referido a la restitución del bien o el pago de su valor, si no fuera posible su devolución y, el segundo, concerniente a un quantum dinerario que abarca a la indemnización por daños y perjuicios.
- 5.3. En este sentido, el legislador ha optado por establecer en el ordenamiento procesal penal determinadas herramientas procesales, que resultan necesarias para poder concretizar la pretensión pecuniaria del agraviado y/o perjudicado.
- 5.4. Para ello, durante el desarrollo de la fase de investigación (preliminar y/o preparatoria) se debe efectuar un conjunto de acciones destinadas a lograr una averiguación o indagación sobre los bienes que pudiera poseer el investigado y que puedan soportar el monto dinerario que sea establecida en la denominada "Reparación Civil", como consecuencia económica del delito atribuido.
- 5.5. Es así, que el legislador ha trasladado al proceso penal las denominadas instituciones procesales del ordenamiento privado, referidas a las medidas cautelares de carácter real, cuya naturaleza es, que su dictado, está destinado al aseguramiento de que el investigado no trate de disminuir o deshacerse de su patrimonio, para eludir una posible responsabilidad resarcitoria vinculada a los efectos del hecho delictivo.
- 5.6. Siendo que estas medidas cautelares van a restringir los derechos fundamentales del investigado, es necesario que el autorizado para su imposición sea un órgano jurisdiccional, debiendo observarse los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad. Así como los presupuestos: a) "Fumus boni iuris" o "Apariencia del derecho" y, b) "Periculum in mora" o "Peligro en la demora".
- 5.7. Para materializar lo expuesto, se ha instaurado el "embargo" como mecanismo procesal destinado al aseguramiento del bien o bienes que puedan soportar un eventual pago por obligación establecida en una reparación civil. Entre las modalidades de la imposición y ejecución del embargo podemos señalar: a) Embargo en forma de depósito, b) Embargo en forma de inscripción, c) Embargo en forma de retención, d) Embargo en forma de intervención en recaudación y, e) Anotación de la demanda en Registros Públicos, entre otras medidas cautelares, que se encuentran en el Código Procesal Civil, aplicable por remisión a normas legales y de acuerdo a las características del caso en concreto.
- 5.8. La búsqueda e identificación de los bienes que posea el investigado es una

labor muy importante y necesaria en un proceso penal de naturaleza acusatoria adversarial, que no solo tiene como finalidad proteger a la sociedad de los delitos cometidos por determinados infractores, sino que estos deben responder ante el Estado y la sociedad con la imposición de una sanción penal, debiendo, además,

reparar en su integridad el hecho ilícito y las consecuencias civiles que derivan de él; siendo muy importante la aplicación de medidas cautelares reales como el embargo para salvaguardar este fin, efectuando, previamente, una correcta averiguación de los bienes que pueda poseer el investigado.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ANGULO ARANA, Pedro (2006) *La Investigación del Delito en el Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
- ARANA MORALES, William (2014) *Manual de Derecho Procesal Penal para Operadores Jurídicos del Nuevo Sistema Procesal Penal Acusatorio Garantista*. Editorial Gaceta Jurídica & Proceso Penal, Primera Edición/Primera Reimpresión. Lima.
- CABEL NOBLECILLA – ABOGADOS (14.01.2014) *Distinción entre embargo en forma de inscripción y Anotación de demanda*; disponible en: <<http://cabelnoblecilla.com.pe/blog/?p=103>> (fecha de consulta el 20.06.2018).
- CAFFERATA NORES, José “Medidas de coerción en el proceso penal de la Nación”, Depalma, Buenos Aires, 1992.pp. 67-73; disponible en: <http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/tem_dere_proc_pen_jueces/567-600_tema16.pdf> (fecha de consulta día 21.06.2018)
- CARDENAS MANRIQUE, Christian (10.02.2018). *La Tutela Cautelar (Trámite y Tipos)*, disponible en: <<https://legis.pe/tutela-cautelar-tramite-tipos-christian-cardenas-manrique/>> (fecha de consulta el 20.06.2018).
- CASSAGNE, Ezequiel. *Las Medidas Cautelares contra la Administración*; disponible en: <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo,_Director_Juan_Carlos_Cassagne,.pdf> (fecha de consulta día 21.06.2018).
- Código Civil aprobado por el Decreto Legislativo N° 295.
- Código Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 635.
- Código Procesal Civil aprobado por Decreto Legislativo N° 768.
- Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo 957.
- CORREA PALACIOS, Ruth/SUAREZ HERNANDEZ, Daniel/ BERMUDEZ MUÑOZ, Martín. *El secuestro de la posesión de vehículos automotores*, disponible en: publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/download/235/pdf (fecha de consulta el 20.06.2018).
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2009) *El Nuevo Proceso Penal Peruano – Teoría y práctica de su implementación*. Palestra Editores, Lima.

- CUSI ARREDONDO, Andrés (05.09.2015) Las Medidas Cautelares en el Código Procesal Civil; disponible en: <<http://andrescusi.blogspot.com/2015/09/las-medidas-cautelares-en-el-proceso.html>> (fecha de consulta el 20.06.2018).
- Decreto Legislativo N° 1326 que Reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría Pública General del Estado, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 06 de enero del 2017,
- Decreto Supremo N° 018-2019-JUS que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1326, Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 23 de noviembre del 2019.
- DIAZ VARGAS, Carlos. El embargo de inmueble no inscrito: elementos constitutivos según artículo 650° del Código Procesal Civil: Disponible en: <<https://www.derechocambiosocial.com/RJC/REVISTA1/DIAZ.htm>> (fecha de consulta el 20.06.2018).
- Disponible en: <<https://es.wikipedia.org/wiki/Inembargabilidad>>, fecha de consulta el 06 de junio del 2018.
- Disponible en: <<https://ocw.uca.es/mod/book/view.php?id=1280&chapterid=39>> (fecha de consulta el 21.06.2018).
- DONAIRES SANCHEZ, Pedro. El Secuestro Conservativo; disponible: <<https://www.derechocambiosocial.com/revista016/secuestro%20conservativo.htm>> (fecha de consulta el 20.06.2018).
- GALVEZ VILLEGAS Tomas Aladino / GUERRERO LOPEZ, Susana Ivonne (2009) Consecuencias Accesorias del Delito y Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal. Jurista Editores, Lima.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino/RABANAL PALACIOS, William/CASTRO TRIGOSO, Hamilton (2008) El Código Procesal Penal – Comentarios descriptivos, explicativos y críticos. Jurista Editores.
- GARCIA RADA, Domingo (2008) Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Segunda Edición.
- GARCIA RADA, Domingo (2009) Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Segunda Edición revisada y corregida, Lima.
- GARCIA RADA, Domingo (2009) Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Segunda Edición revisada y corregida, Lima.
- GARCIA RADA, Domingo (2012) Instituciones de Derecho Procesal Penal, Tomo IV, Fondo Editorial Asociación Civil “Mercurio Peruano”, Novena Edición revisada, Lima.
- GIMENO SENDRA, Vicente (2007) Derecho Procesal Penal, Editorial COLEX, 2da Edición Madrid – España.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008) Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo III. Gaceta Jurídica Lima.
- María Inés Horvitz Lennon/Julián López Masle. Las medidas cautelares en el proceso penal. Disponible: <<https://doctrina.vlex.cl/vid/medidas-cautelares-proceso-penal-57253368>> (fecha de consulta el 21.06.2018).

- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Embargo y Secuestro de un Automotor, disponible en: <www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artautomotorembargoysecuestro/at.../file> (fecha de consulta el 20.06.2018)
- NEYRA FLORES, José Antonio (2015) Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II Editorial IDEMSA, Primera Edición, Lima.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. La Coerción Real y las Consecuencias Civiles Ex – Delito; disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/articulo/viewFile/16653/16987>> (fecha de consulta el 26.06.2018).
- PAGINA WEB “WOLTERS KLUWER”. Medidas Cautelares (Derecho Procesal); disponible en: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjI3MztbLUouLM_Dx-bIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA9xEBzzUAAAA=WKE> (fecha de consulta día 21.06.2018)
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso/URQUIZO VIDELA, Gustavo (2011) Las Medidas Coercitivas Personales y Reales en la Jurisprudencia (2009-2010). Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, Lima.
- SAN MARTIN CASTRO, César (2017) Derecho Procesal Penal Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Lima.
- SANCHEZ VELARDE, Pablo (2009) EL NUEVO PROCESO PENAL. Editorial IDEMSA, Lima.
- SANCHO DURAN, Javier (Traductor Jurídico Inglés a español). Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal; disponible: <<http://javiersancho.es/2017/07/03/medidas-cautelares-penal/>> (fecha de consulta el 21.06.2018).
- TALAVERA ELGUERA, Pablo (2004) Cometarios al Nuevo Código Procesal Penal. Editora Jurídica GRIJLEY, Lima.
- VÁSQUEZ VÁSQUES, Marlio (2015) Reparación Civil y Medida Cautelar de Embargo en el Proceso Penal – Una revisión comparativa con el Nuevo Código Procesal Penal de 2004. Nuevo Código Procesal Penal Comentado, Ediciones Legales, Lima – Perú.

Juan Pablo Fernández Díaz¹

DERECHO DE IMPUGNACIÓN DEL DENUNCIANTE EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

SUMARIO: 1. JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL; 2. DENUNCIA PENAL MILITAR POLICIAL; 3. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR; 4. PLURALIDAD DE LA INSTANCIA; 5. SEGURIDAD JURÍDICA; 6. LA NORMATIVIDAD SISTÉMICA Y LA COHERENCIA NORMATIVA; 7. DERECHO DEL DENUNCIANTE Y PLAZO PARA IMPUGNAR LA DECISIÓN FISCAL; Y, 8. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El autor precisa que el artículo 359° del Código Penal Militar tiene un vacío legal, pues no permite que el denunciante pueda recurrir de la decisión del fiscal de desestimar o archivar una investigación preliminar; en tal sentido, dice el autor, debe aplicarse el artículo 334°, inciso 5), del Código Procesal Penal, que establece: *“el denunciante o el agraviado que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al Fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al Fiscal Superior”*; ello, en aplicación supletoria permitida por el artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

ABSTRACT

The author specifies that article 359 of the Military Criminal Code has a legal vacuum because it does not allow the complainant to appeal against the prosecutor's decision to dismiss or file a preliminary investigation.

1 Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, laborando actualmente como Asistente Judicial de la Vocalía Suprema del Tribunal Supremo Militar Policial. Docente en la Escuela de Educación Superior Técnico Profesional de la PNP.

In this sense, the author says that Article 334, paragraph 5), of the Criminal Procedure Code must be applied, which establishes: “the complainant or the injured party who is not in agreement with the provision to file the proceedings or provisionally reserve the investigation will require the Prosecutor, within five days, to submit the proceedings to the Superior Prosecutor”; this, in supplementary application permitted by article XV of the Criminal, Military, Police Code’s Preliminary Title

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal Militar Policial obliga a los militares y policías, a sus comandos, a su órgano de control institucional y a sus inspectorías, a denunciar un hecho delictuoso de función, pero, también, permite que cualquier persona que conozca de la comisión de un delito de igual naturaleza, pueda hacerlo.

Ante estos preceptos legales, se podría colegir que si el fiscal decide archivar o desestimar la denuncia preliminarmente, el denunciante obligado o el no obligado, tendrían el mismo derecho de recurrir de dicha decisión fiscal; no obstante, el artículo 359° del Código Penal Militar Policial sólo habilita al agraviado a impugnar dicha decisión fiscal y sin fijar un plazo para interponerla, pero, en la práctica, se aprecia que los fiscales militares policiales vienen aplicando, supletoriamente, el inciso 5 del artículo 334° del Código Procesal Penal, mas sólo en el extremo de limitar el plazo, pero no en el de permitir que el denunciante no obligado pueda recurrir de dicha decisión fiscal, debido a que no es agraviado.

Ante esta situación, nos hacemos la pregunta de si se puede limitar el derecho de recurrir la decisión fiscal de archivo o

desistimiento por el hecho de no ser agraviado por el delito; y, si se puede aplicar, supletoriamente, el inciso 5 del artículo 334° del Código Procesal Penal, tan solo en el extremo de fijar un plazo para recurrir dicha decisión fiscal.

II. JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

De lo dispuesto en los artículos 139°, inciso 1°, y 173° de la Constitución Política del Perú, se colige que el Fuero Militar Policial es un órgano jurisdiccional autónomo y competente para juzgar los delitos de función que cometan los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Este fuero es especial y especializado que se sujeta a las estipulaciones del Código Penal Militar Policial y entra en acción cuando se afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, tutelados por el ordenamiento legal, relacionados 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. Si bien el Fuero Militar Policial es un fuero especial, ello no lo autoriza a que su diseño procesal inobserve los principios, derechos y garantías constitucionales.

III. DENUNCIA PENAL MILITAR POLICIAL

El artículo 349° del código castrense señala que *“toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito de función militar policial deberá denunciarlo ante el fiscal militar policial, o autoridad militar o policial más cercanas, en forma escrita o verbal, personalmente o por mandato.*

Cuando sea verbal, se extenderá un acta; en la denuncia por mandato bastará una autorización expresa. En ambos casos, el funcionario que la reciba comprobará y dejará constancia de la identidad y domicilio del denunciante. La denuncia deberá contener el relato detallado del hecho, con indicación de los autores, partícipes, agraviados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal y, en su caso, la constancia de la delegación de la acción civil”, asimismo, en el artículo 350° del mencionado código se establece que los militares o los policías, sus comandos respectivos, los órganos de control institucional y las Inspectorías pertinentes, que conozcan el hecho incriminado tienen la obligación de denunciarlo.

IV. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

El artículo 355° del Código Penal Militar Policial estipula: *“cuando el fiscal militar policial tenga conocimiento directo de un delito de función militar policial promoverá las investigaciones preliminares para determinar las circunstancias del hecho y de sus autores y partícipes, dejando constancia del inicio de la investigación preliminar”*. Ello debe ser realizado en concordancia con el artículo 356^{o2} del mismo Código.

Las **diligencias preliminares**³ son actuaciones pre jurisdiccionales, porque se encuentran en el contexto en que el fiscal ya conoció la noticia criminal pero aún no ha resuelto formalizar la investigación y dar inicio a la investigación preparatoria. En ella se busca verificar si la sospecha que se tiene de la comisión de un delito de función, sea conocida directamente por el fiscal o a través de un denunciante, tiene o no un contenido de verosimilitud, se puede individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados y dentro de los límites de la Ley.

V. PLURALIDAD DE LA INSTANCIA

El derecho a la pluralidad de instancia, a nivel supranacional, se encuentra recogida en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, más precisamente, en el artículo 8°, inciso 2, parágrafo h), en los términos siguientes: *“toda persona tiene derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior...”* En el contexto nacional, este derecho está previsto en el artículo 139°, numeral 6, de la Constitución; en el artículo 404°, numeral 2, del Código Procesal Penal, en los términos siguientes: *“el derecho de impugnación corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente. Si*

2 Código Penal Militar Policial

Artículo 356°.- Valoración inicial. Dentro de quince días de recibida la denuncia, el informe policial o del instituto o practicada la investigación preliminar, el fiscal dispondrá lo siguiente:

1. La apertura de la investigación preparatoria;
2. La desestimación de la denuncia o de las actuaciones policiales o del instituto; y,
3. El archivo.

3 Cas. N° 14-2020- La Libertad. (S. PP). Alva MONGE, Pedro J. SANCHEZ TORRES, Alexander G., Las casaciones Penales en el Perú, Jurista Editores, Lima 2015, T.I. P.631.

la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos” y en el Código Penal Militar Policial, en cuanto al derecho de apelación.

El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139º, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3, de la Norma Fundamental (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, fundamento 2; 5019-2009-PHC, fundamento 2; 2596-2010-PA; fundamento 4).

Igualmente, el Tribunal Constitucional⁴ ha sostenido que *“Es necesario precisar que en la medida en que el derecho al debido proceso no tiene un ámbito constitucionalmente garantizando en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualquiera de los derechos que lo comprenden, dentro del cual se encuentra el de acceso a los medios impugnatorios, un pronunciamiento sobre el fondo en relación con aquel derecho presupone, a su vez, uno en torno al último de los mencionados (...) en tanto derecho de configuración legal, corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir.”*

VI. SEGURIDAD JURÍDICA

La noción de seguridad jurídica encuentra su punto de apoyo en principios generales del derecho de validez absoluta en cuanto a tiempo y lugar; subyace detrás de ella la idea de justicia, libertad, igualdad y demás derechos inherentes a la persona humana.

Según la definición dada por Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual,⁵ la seguridad jurídica consiste en: *“La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho”.*

Por su parte, Fernández Vázquez⁶, en su Diccionario de Derecho Público, define seguridad jurídica como el conjunto de *“condiciones indispensables para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Añadiendo que, constituye la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicios. A su vez la seguridad delimita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos”.*

4 Exp. N° 0594-2005-PA/TC. Lima. FJ 2-4.

5 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VI. Pág. 67.

6 FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Pág. 698.

VII. LA NORMATIVIDAD SISTÉMICA Y LA COHERENCIA NORMATIVA⁷

El ordenamiento conlleva la existencia de una normatividad sistémica, pues el derecho es una totalidad, es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe tanto una unidad como una disposición determinada; por ende, se le puede conceptualizar como el conjunto o unión de normas dispuestas y ordenadas con respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí. Esta normatividad sistémica se rige bajo el criterio de la unidad, ya que se encuentra constituida sobre la base de un escalonamiento jerárquico, tanto en la producción como en la aplicación de sus determinaciones coactivas.

De lo dicho se concluye que la normatividad sistémica descansa en la coherencia normativa. Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que implica una relación de armonía entre todas las normas que lo conforman. Asimismo, presupone una característica permanente del ordenamiento que hace que este sea tal por constituir un todo pleno y unitario. Ella alude a la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica, lógica, etc., entre los deberes y derechos asignados; amén de las competencias y responsabilidades establecidas que derivan del plano genérico de las normas de un orden constitucional.

En puridad, una norma jurídica sólo adquiere sentido de tal por su adscripción a un orden. Por tal consideración, cada norma está condicionada sistémicamente por otras. El orden es la consecuencia de una previa construcción teórica instrumental.

VIII. DERECHO DEL DENUNCIANTE Y PLAZO PARA IMPUGNAR LA DECISIÓN FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

Como es de verse, el artículo 359° del Código Penal Militar Policial limita al denunciante no obligado, quien normalmente no es el agraviado, a recurrir la decisión fiscal de archivo o desistimiento y no fija un plazo para interponerla; sin embargo, el artículo 349° del citado código castrense exige que la denuncia contenga la identidad y domicilio del denunciante, en nuestro concepto, su finalidad no es sólo identificar al denunciante, sino facilitar se le notifique, tenga conocimiento de la decisión final de la denuncia penal que interpuso y poder ejercer todos los mecanismos que la norma procesal prevé para que no exista un grado de impunidad. Más aún, se debe tener en cuenta que en la apertura de la investigación preparatoria es recién donde se identifica al agraviado, como lo exige el numeral 3 del artículo 360⁰⁸ del mismo cuerpo normativo.

7 Tribunal Constitucional Pleno Jurisdiccional. Exp. N° 047-2004-AI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional.

8 Código castrense, artículo 360°, apertura de la investigación preparatoria. Cuando existan elementos suficientes, el fiscal militar policial dispondrá la apertura de la investigación preparatoria del juicio formando un expediente en el que hará constar los siguientes datos... numeral 3. La identificación del agraviado.

El Tribunal Constitucional, en el Exp N° 02445 2011-PA/TC,⁹ fundamento 9, en relación con la regulación del Código Procesal Penal y el nuevo diseño de la investigación preparatoria, expresa “que la posibilidad de cuestionamiento de las decisiones fiscales fue recogida en el inciso 5) del artículo 334°,¹⁰ al disponer que el denunciante que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve los actuados al fiscal superior (...) pues regulan por igual el mismo supuesto de cuestionar la decisión fiscal de archivar el caso variando únicamente el plazo a otorgarse al denunciante para tal fin, conflicto normativo que a consideración de este Colegiado debe ser resuelto optando por la aplicación de la norma más tuitiva para la parte que decide cuestionar dicha decisión, en razón de que dicho conflicto de orden espacial y temporal, no debe afectar el derecho de las partes: acceder a un medio impugnatorio o la aplicación de la disposición que cumpla con dicha función. En tal sentido, el operador jurídico debe aplicar la norma que otorgue una mayor tutela al referido derecho”.

Por lo tanto, no se puede limitar un derecho fundamental como es el de recurrir una decisión fiscal que pone fin a la denuncia y, a fin de tener una coherencia en el ordenamiento jurídico, se debe interpretar sistemáticamente y aplicar de manera supletoria el artículo 334°, inciso 5, del Código Procesal Penal, el cual prescribe: “**el**

denunciante o el agraviado que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al Fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al Fiscal Superior”, precepto legal que permite al denunciante impugnar dentro de un plazo legal, a fin de no afectar al debido proceso y otorgar mayor seguridad jurídica.

IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los fiscales militares policiales deben tener en cuenta lo dispuesto en el artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, que establece: “*En caso de vacío o defecto del presente Código, serán de aplicación supletoria las normas previstas en los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos y fines de este Código*”, a fin de remitirse al artículo 334°, inciso 5, del Código Procesal Penal, que prescribe: “**el denunciante o el agraviado que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al Fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al Fiscal Superior”**, precepto legal que permite al denunciante obligado como al denunciante no obligado a impugnar, dentro de un plazo legal, la decisión fiscal de archivo o desestimación de la investigación preliminar, a fin de resguardar el debido proceso y otorgar seguridad jurídica.

9 Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N 02445 2011-PA/TE Lambayeque.

10 Código Procesal Penal Decreto Legislativo N° 957, la investigación preparatoria.

X. BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VI.

Código Penal Militar Policial.

Código Procesal Penal.

Constitución Política del Estado.

FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*.

Poder Judicial. Casación N°14-2020- La Libertad.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 0594-2005-PA/TC.

Tribunal Constitucional. Exp N° 02445 2011-PA/TC.

Tribunal Constitucional. Exp. N° 047-2004-AI/TC.

Glen Zevallos Ocampo¹

LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL ESTADO DE EMERGENCIA A PROPÓSITO DE LAS GRAVES CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN LA VIDA DE LA NACIÓN POR EL BROTE DE LA COVID-19

SUMARIO: I. ANTECEDENTES; II. MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL ESTADO DE EMERGENCIA; III. ESTADO DE EMERGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ; IV. ESTADO DE EMERGENCIA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; V. MECANISMOS LEGALES PARA CONTROLAR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS RESTRINGIDOS; VI. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES; VII. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD; VIII. CONCLUSIONES; IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El autor analiza los alcances del estado de emergencia sanitaria que se ha dictado a raíz de la pandemia por la COVID 19 y de cómo algunos derechos constitucionales relativos al ejercicio del derecho a la libertad y seguridades personales, inviolabilidad del domicilio y libertad de tránsito, han sido suspendidos; no obstante, esa suspensión de derechos debe seguir reglas convencionales, constitucionales y legales, que, igualmente el autor anota.

ABSTRACT

The author analyzes the scope of health emergency that has been dictated as a result of COVID-19 pandemic and how some constitutional rights related to the exercise of the right to freedom and personal security,

1 Oficial del Ejército, abogado por la Universidad San Martín de Porras, con estudios en el Centro de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de las Fuerzas Armadas. Egresado de la Maestría de Derecho Civil y Derecho Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asesor legal en la Oficina Generadora de Recursos del Ejército.

inviolability of domicile and freedom of transit have been suspended. However, this suspension of rights must follow conventional, constitutional and legal rules, which the author also notes.

I. ANTECEDENTES

Una situación sin precedentes representa el “Estado de Emergencia Sanitaria”² que se vive en el país, desde el 11 de marzo de 2020, fecha en la que la Organización Mundial de la Salud declaró como pandemia mundial la expansión de la Coronavirus (COVID19).

El Estado Peruano declaró el Estado de emergencia³ a nivel nacional, por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación, a consecuencia del brote de la COVID-19, suspendiendo derechos constitucionales⁴ relativos al ejercicio del derecho a la libertad y seguridad personales, inviolabilidad del domicilio y libertad de tránsito, tomando medidas EXCEPCIONALES Y TEMPORALES, amparadas en el ordenamiento jurídico, muy similares a las medidas que otros países estaban aplicando, como el cierre de fronteras, la reducción del tránsito terrestre y fluvial al 50%, la intervención de las Fuerzas Armadas en apoyo a la Policía Nacional del Perú y se promulgó, luego de varios años, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1095,⁵ Reglas de

Empleo y Uso de la Fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, para regular el empleo y uso de la fuerza.

El derecho de tránsito fue regulado de distintas formas para evitar la aglomeración de personas, por ejemplo, el trabajo remoto, se impuso horarios de salida, horarios sujetos al sexo de la persona, aislamiento obligatorio en determinados días, en algunas provincias el aislamiento social obligatorio se inició a tempranas horas del día, debido al aumento de contagiados con este virus, como consecuencia del desacato de la mayoría de la población al Estado de Emergencia, que de no insistirse en su cumplimiento generaría el colapso de la red hospitalaria en el norte del país.

Otras medidas que se adoptaron fueron la imposición de multas a los ciudadanos desobedientes de las disposiciones de emergencia y la creación del “Registro de incumplimiento de las medidas del Estado de Emergencia”⁶, esto como consecuencia de la imposibilidad física de utilizar los centros penitenciarios debido a que el número de infractores a las disposiciones dictadas era muy alto, entre otras medidas.

Ante esta situación, era evidente que el Perú, como otros países del mundo, iban a sufrir un impacto económico considerable. Entre nosotros, el Poder Ejecutivo tuvo que reglamentar la Suspensión Laboral Perfecta

2 Decreto Supremo N° 008-2020-SA.

3 Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

4 Artículo 137 de la Constitución Política del Perú de 1993.

5 Decreto Supremo N° 003-2020-DE, de 15 de marzo de 2020.

6 Decreto Supremo N° 004-2020-IN.

mediante el DS N° 011-2020-TR⁷, por lo que muchas personas se verían afectadas; sin embargo, el Estado de Emergencia no deja en condición vulnerable y sin ningún tipo de protección a la sociedad, existiendo una herramienta legal que permite la protección de ciertos derechos, que justamente es materia del presente artículo.

II. MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL ESTADO DE EMERGENCIA

Antes de analizar la normatividad sobre el Estado de Emergencia, es importante revisar la doctrina constitucional respecto a la limitación de los derechos fundamentales, porque, como se sabe, ningún derecho es absoluto y, bajo esa premisa, los derechos pueden también estar sujetos a restricciones; recordemos que el derecho de uno termina donde comienza el derecho del otro; sin embargo, no es el caso del presente comentario, sino que nos referimos a una situación mayor, que involucra una medida necesaria para afrontar una situación extraordinaria como es el Estado de Emergencia.

Luis Prieto Sanchis, en su ensayo *“La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”*,⁸ desarrolla un comentario interesante sobre la razón por la cual los derechos fundamentales pueden limitarse, debiendo el

legislador realizar una evaluación o análisis respecto al derecho que en ese momento la sociedad necesita enfocarse con mayor énfasis, recalcando que no es que el derecho se pierda de forma absoluta, ya que el núcleo duro o esencial del derecho va a seguir vigente, justamente para evitar el abuso de la autoridad.

Prieto hace referencia a una sentencia del Tribunal Constitucional de España: STC 2/1982 *“(…) no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que […] en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”*.

Ahora bien, existen condiciones para la limitación de los derechos. Primero está la “Cláusula del contenido esencial”, que se refiere a que si bien ningún derecho es absoluto; sin embargo, todo derecho fundamental tiene un núcleo duro o esencial que no puede ser vulnerado; por ejemplo, si se restringe de forma absoluta el derecho de tránsito y sin admitir excepción alguna no se permite que una mujer que requiere atención médica urgente por un embarazo transite, estaríamos ante una limitación abusiva e ilegal.

7 Cese temporal de la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin extinción del vínculo laboral; pudiendo comprender a uno o más trabajadores.

8 [file:///D:/Downloads/3275-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12366-1-1020121110%20\(1\).pdf](file:///D:/Downloads/3275-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12366-1-1020121110%20(1).pdf)

9 Tribunal Constitucional de España STC 2/1982

Como segunda cuestión está la “Exigencia de Justificación”, que implica que para el dictado de una disposición restrictiva de un derecho fundamental existe la necesidad de justificación, respetando en todo momento su contenido esencial, es decir, puede que exista una buena razón para limitar un derecho, pero, si esta limitación llegara a dañar el contenido esencial del mismo, estaríamos ante una limitación abusiva e ilegal.

Bajo ningún supuesto se admite una ley limitadora arbitraria; entonces, es el legislador el llamado a realizar la **técnica o test de ponderación**, que consiste en poner en la balanza los derechos que están en conflicto y analizar, de acuerdo a la situación que viva la sociedad, cuál es el derecho que debe predominar para una mayor protección, sin vulnerar el núcleo duro del otro derecho, estableciendo un orden de preferencias entre los derechos. Se debe tener en cuenta que el resultado del test de ponderación no es absoluto en el orden de preferencias entre los derechos, sino relativo según el caso en concreto, que no excluye una solución diferente.

Como señala Prieto,¹⁰ “Una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo.” Entonces, la ponderación busca la preservación de ambos bienes o derechos constitucionales, colocándolos en un orden de preferencias,

en palabras de Robert Alexy¹¹ “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

La Corte Interamericana de los Derechos humanos reconoce que ante una situación extraordinaria, es posible que se restrinjan derechos; sin embargo, hace un llamado a los Estados partes, al señalar en su Declaración de 9 de abril de 2020, titulada “COVID-19 y Derechos Humanos”, que los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales,¹² señalando:

“Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

III. ESTADO DE EMERGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Ahora bien, el Estado de emergencia es uno de los dos estados de excepción que se regula en el capítulo VII del Título III de la Constitución Política del Perú de 1993:

10 file:///D:/Downloads/3275-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12366-1-1020121110%20(1).pdf

11 R. ALEXY: Teoría de los Derechos Fundamentales, Op. Cit., pág. 161.

12 http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf

¿Qué significa el estar en un Estado de emergencia?

Es una situación en la que un país o parte del territorio de éste, cambia el estado actual de vida de su sociedad, es decir, introduce una regulación especial, con la finalidad de que la población en general se adecue a una nueva situación para afrontar un problema.

¿Cuál es la formalidad para dictar el Estado de emergencia y el plazo de vigencia?

Lo decreta el presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente. Tiene un plazo que no excede de sesenta días.

¿Cuáles son las causas para decretar un Estado de Emergencia?

Existen tres (03) causas para que el presidente de la República, disponga la vigencia de un Estado de Emergencia:

1. En caso de perturbación de la paz o del orden interno,
2. Ante una catástrofe; o,
3. Ante graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

¿Cuáles son las medidas excepcionales que se pueden dictar durante el Estado de Emergencia?

1. Los derechos constitucionales fundamentales que se restringen o suspenden durante la vigencia del Estado de emergencia, son los siguientes:¹³
 - a) Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Cuando este derecho se

encuentre suspendido, las autoridades pueden ingresar al domicilio de las personas sin necesidad de un mandato judicial ni flagrancia de delito.

- b) Libertades de residencia y tránsito. Significa que no se puede transitar por el territorio nacional, ni salir, ni entrar en él, salvo las excepciones que se dispongan.
- c) Libertad y seguridad personales. Se pueden producir detenciones sin mandato judicial ni exigencia de flagrancia.
- d) Libertad de reunión. Se prohíben las reuniones en lugares públicos o privados, en plazas o en vías públicas; sin embargo, en el actual Estado de emergencia por el brote de la Covid19, la excepción a esta restricción consiste en permitir el acceso a los establecimientos destinados a la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, a los establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, a aquellos donde se expenden productos higiénicos y establecimientos de venta de combustibles.
2. Se prohíbe el destierro de cualquier persona.
3. Las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el presidente de la República.

13 Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

5. Cierre de fronteras y reducción del tránsito terrestre y fluvial a nivel nacional.
6. Reglamentar el trabajo remoto.
7. Disponer horarios de salida para adquirir productos básicos o ciertas actividades específicas dictadas por el gobierno.
8. Decretar "Aislamiento Social Obligatorio".
9. Imponer multas por vulnerar cualquier disposición que se dicte durante el Estado de Emergencia.
10. En caso de necesidad, disponer el otorgamiento de indultos presidenciales para los reos considerados vulnerables, dependiendo de la situación.
11. Entre otras medidas, que tienen las características de extraordinarias, temporales y excepcionales.

IV. ESTADO DE EMERGENCIA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El Estado de Emergencia se encuentra regulado en el artículo 27 del Capítulo IV de la Convención Americana de Derechos Humanos, referido a la suspensión de las garantías:

¿En qué casos se suspenden las garantías de acuerdo con la Convención?

En la Convención se acordó que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá imponer, durante un tiempo limitado, las disposiciones que considere necesarias para afrontar la situación que viene atravesando; asimismo, las obligaciones creadas por la Convención se suspenden.

¿Cuál es la formalidad con la que un Estado parte debe actuar ante esta situación?

El Estado parte que haga uso del derecho de suspensión de garantías deberá informar, inmediatamente, a los demás Estados Partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

¿Cuáles son las obligaciones de la Convención que no pueden suspenderse?

Las que no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho Internacional y no signifiquen discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

¿Cuáles son los derechos que no se suspenden?

Estos son los derechos:

1. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica;
2. Derecho a la vida;
3. Derecho a la integridad personal;
4. Prohibición de la esclavitud y servidumbre;
5. Principio de legalidad y de retroactividad;
6. Libertad de conciencia y de religión;
7. Protección a la familia;
8. Derechos del niño;
9. Derecho a la nacionalidad; y,
10. Derechos políticos.

Asimismo, no se suspenden las garantías judiciales que permiten la protección de tales derechos.

V. MECANISMOS LEGALES PARA CONTROLAR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS RESTRINGIDOS

Desde la declaración del Estado de emergencia¹⁴, el gobierno peruano se vio en la necesidad de imponer distintas medidas para regular el derecho de tránsito, por razones económicas, laborales, abastecimiento de alimentos u otras necesidades básicas.

1. INTERVENCIÓN DE LAS FFAA

El 15 de marzo de 2020, el Ministerio de Defensa, mediante el Decreto Supremo N° 003-2020-DE, autorizó la intervención de los miembros de las Fuerzas Armadas, reglamentando las reglas del empleo y uso de la fuerza.

2. TRABAJO REMOTO

El Poder Ejecutivo, ante el inminente crecimiento de la COVID19, empieza a dictar medidas EXCEPCIONALES Y TEMPORALES, entre las cuales resalta el **TRABAJO REMOTO**, para restringir el derecho de tránsito.

3. AISLAMIENTO SOCIAL OBLIGATORIO PARA PERSONAS QUE RETORNEN AL PAÍS

Con Decreto Supremo N° 045-2020-PCM, se dispuso el aislamiento social obligatorio, para personas que retornen al país, de acuerdo a las disposiciones del Ministerio de Salud (MINSA). Asimismo, el Ministerio del Interior, mediante Resolución Ministerial N° 304-2020-IN, reguló el “**Pase Especial de Tránsito**”.

4. INMOVILIZACIÓN SOCIAL OBLIGATORIA

Con Decreto Supremo N° 046-2020-PCM, se dispuso la **inmovilización social obligatoria**, desde las 20.00 horas hasta las 05.00 horas del día siguiente, con las excepciones de los que están autorizados a movilizarse.

5. LLAMAMIENTO EXTRAORDINARIO DE LA RESERVA

Con Decreto Supremo N° 004-2020-DE, se realizó el **Llamamiento Extraordinario de la Reserva** para los Licenciados en los años 2018, 2019 y febrero 2020.

6. REGISTRO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DEL ESTADO DE EMERGENCIA

Con Decreto Supremo N° 004-2020-IN se creó el **Registro de incumplimiento de las medidas del Estado de Emergencia**, para los que no cumplan las disposiciones dictadas durante el Estado de Emergencia.

7. LEY N° 31102 DE PROTECCIÓN POLICIAL

Con Ley N° 31102 se otorgó **exoneración de responsabilidad penal para las FFAA Y PNP**, cuando en el cumplimiento de su función constitucional y haciendo uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, causen lesiones o muerte.

8. INMOVILIZACIÓN SOCIAL OBLIGATORIA POR HORARIOS

Con Decreto Supremo N° 053-2020-PCM, la inmovilización social obligatoria

14 Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

POR HORARIOS, se hizo más severa: Desde las 18:00 horas hasta las 05.00 horas del día siguiente a nivel nacional, con excepción de los departamentos de **Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad y Loreto**, donde regía desde las 16:00 horas hasta las 05:00 horas del día siguiente.

9. HORARIO DE TRÁNSITO SEGÚN EL SEXO

Con Decreto Supremo N° 057-2020-PCM, se dispuso **HORARIO DE TRÁNSITO SEGÚN EL SEXO**. Los días lunes, miércoles y viernes para el sexo masculino y los martes, jueves y sábados para el sexo femenino. Mientras que el día domingo, la inmovilización social obligatoria (ISO) es todo el día, para todos los ciudadanos, a nivel nacional.

10. INMOVILIZACIÓN SOCIAL OBLIGATORIA EN SEMANA SANTA

Con Decreto Supremo N° 061-2020-PCM, la ISO se aplicó para los días 9 y 10 de abril, correspondiendo al jueves y Viernes Santo, durante todo el día.

11. MODIFICACIÓN DE HORARIOS DE LA INMOVILIZACIÓN SOCIAL OBLIGATORIA

Con Decreto Supremo N° 064-2020-PCM los horarios de la inmovilización social obligatoria se modificaron: Para Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad y Loreto, desde las 16:00 horas hasta las 04:00 horas del día siguiente, y para las demás regiones, desde las 18:00 horas hasta las 04.00 horas del día siguiente.

12. MULTA

Mediante Decreto Legislativo N° 1458, publicado el 14 de abril de 2020, se dispuso la aplicación de una multa, entre el **2% y el 10% de una unidad impositiva tributaria (UIT)**, para los que incumplan las disposiciones dictadas durante la emergencia sanitaria, entendiéndose a los que circulen sin autorización y vulneren el aislamiento social obligatorio.

Son justamente en el marco de estas medidas que los miembros de las FFAA y de la PNP deben velar por su estricto cumplimiento, sujetos a las regulaciones constitucionales, al Decreto Legislativo N° 1095 sobre Reglas de Empleo y Uso de la Fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2020-DE, respetando, además, los criterios de racionalidad y proporcionalidad.

VI. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Es necesario aclarar que las expresiones “suspensión” o “restricción del ejercicio” no son sinónimos de la pérdida temporal de la vigencia del derecho o su desaparición. En un Estado de emergencia, cuando la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas han asumido el control del orden interno, se debe ampliar el concepto, pues como señala Prieto Sanchís¹⁵, *“el lenguaje jurídico difiere del lenguaje corriente, y es que lo que ocurre en el marco de un estado de emergencia es que el ámbito de competencia de la autoridad*

15 PRIETO SANCHIS, Luis. “Estudios sobre derechos fundamentales”. Madrid: Editorial Debate, 1990, p. 247.

–Policía Nacional o Fuerzas Armadas, si éstas últimas han asumido el control del orden interno– se amplía, pues pueden restringir válidamente el ejercicio de un derecho (detención, prohibición de reuniones, ingreso a domicilios e impedimento del libre tránsito) sólo si con ello contribuyen a los fines que justificaron la declaración de un estado de excepción. Las autoridades públicas que ejercen tales restricciones deben observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad a que se refiere el artículo 200°, párrafo final del texto constitucional, para evitar arbitrariedades.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estableció que *“La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone ciertos límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales a la persona.”*¹⁶ Es decir, no desaparece la tutela jurisdiccional de los derechos.

Asimismo, la CIDH ha expresado que *“las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”*¹⁷

A esto se suma el pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo mediante su Informe Defensorial N° 76¹⁸, en cuyo punto 2 del capítulo III, en el que analiza la “RESTRICCIÓN DE DERECHOS EN DEMOCRACIA SUPERVISANDO EL ESTADO DE EMERGENCIA”, concluye acertadamente que en los estados de emergencia se deben aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para determinar la validez de los actos que restringen derechos, y es que estos principios resultan vinculantes para todos los funcionarios públicos, incluyendo a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, por cuanto se derivan de la cláusula del Estado Democrático de Derecho, consagrada en el artículo 43° de la Constitución, así como del artículo 200° del mismo texto.

De acuerdo al artículo 200 de la Constitución Política:

“(…) El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.”

16 Corte I.D.H., El Hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Párr. 20. (énfasis agregado).

17 INFORME N° 48/00, CASO 11.166 sobre WALTER HUMBERTO VÁSQUEZ VEJARANO vs PERÚ del 13 de abril de 2000.

18 https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_76.pdf

VII. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

La **razonabilidad** busca que exista concordancia entre la detención y las causales que han llevado a que un derecho sea restringido o suspendido, como el derecho de tránsito en un Estado de emergencia, cuando esa parte del territorio no se encuentre afectada por la medida restrictiva.

Mientras que la **proporcionalidad** es sinónimo de una respuesta adecuada al peligro, dejando de lado toda interpretación de una posible actuación abusiva; por ejemplo, que a un estudiante se le retenga por organizar una reunión pública y sea trasladado a una jurisdicción distinta a la que le corresponde, o que, en una protesta en un centro penitenciario se disponga el uso de armas letales.

Estos principios están en concordancia con la Declaración del 9 de abril de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁹ cuando señala que: *“Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.”*

Entonces, en un Estado de emergencia, la actuación de los llamados a hacer cumplir la ley, es decir, los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, **no se sujetan a su libre albedrío o criterio**

personal y menos aún está amparada una actuación desproporcionada. El artículo 1° de la Constitución Política establece que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*, luego, por encima de toda situación que pudiera acontecer en la vida de la nación, lo esencial sigue siendo defender a la persona humana, respetar su dignidad y permitir a los ciudadanos a buscar justicia, cuando consideren que la actuación de los miembros de la PNP y/o de las FFAA han sido desproporcionadas y/o fuera de lo razonable, recurriendo a las garantías constitucionales del hábeas corpus y del amparo.

Sin embargo, estas dos garantías constitucionales procederán únicamente si se sustentan en una vulneración a los derechos restringidos, dentro de los parámetros siguientes:

- a) La acción de hábeas corpus procede para proteger el derecho a la libertad de residencia y tránsito regulado en el artículo 2°, numeral 11, de la Constitución Política; por ejemplo, cuando ocurre una detención arbitraria o de otra forma esta detención se da en condiciones que comprometan la salud del detenido. Néstor Sagües²⁰ señala que esta acción constitucional surge como un “remedio contra una detención”, sin esta, no tendría razón de ser, ya que es un remedio contra aprehensiones ilegales.

19 http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf

20 SAGÜES, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional- Hábeas Corpus. Buenos Aires: Astrea, 1988, pág. 143.

El proceso de hábeas corpus es una herramienta constitucional que protege la libertad personal, en su concepto amplio, sin importar la denominación (detención, arresto, prisión, secuestro, desaparición forzada, etc.) De acuerdo a la Constitución de 1993, procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona, por cualquier acción u omisión que implique una amenaza o violación de la libertad personal.

- b) La acción de amparo surge a mediados del Siglo XIX, como un aporte del constitucionalismo mexicano. Es la segunda de las garantías constitucionales en la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Procede para proteger el Derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 2º, numeral 9, de la Constitución Política), a la libertad de reunión (artículo 2º, numeral 12, de la C.P.) y a la libertad y seguridad personales (artículo 2º, numeral 24, literal f) de la C.P.); por ejemplo, entra en acción cuando una persona es privada de su derecho a la propiedad, a través de una invasión; o impedido de hacer una reunión, un debido proceso, derecho a la defensa, entre otros.

Para la doctrina del Derecho Procesal Constitucional²¹, existen tres requisitos de procedencia de una acción de amparo constitucional:

- a) La existencia de Derechos constitucionales violados o amenazados gravemente de violación.
- b) La comisión de un acto violatorio de Derechos constitucionales, o la amenaza grave de ello.
- c) La necesaria relación de conexión directa entre el acto acusado de violatorio, o de amenaza grave de violación, y el Derecho constitucional violado o gravemente amenazado. Así interpuesta la demanda, el juez corre traslado por cinco días al autor de la infracción.

Se debe tener en cuenta, en todo momento, que la interposición de estas garantías constitucionales durante un Estado de emergencia, no significa que los derechos restringidos o suspendidos entren en vigencia otra vez, lo que se busca es evaluar si la autoridad ha actuado dentro de lo razonable y proporcional para hacer cumplir con la medida restrictiva de estos derechos.

De otro lado, para que los miembros de las FFAA actúen dentro del marco legal, el Decreto Legislativo N° 1095 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2020-DE, establecen las “Reglas de empleo y uso de la fuerza”. Además, deben tener presente los principios de proporcionalidad, legalidad y necesidad. En el caso de la Policía Nacional, su actuación se encuentra regulada por el Decreto Legislativo N° 1186 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2016-IN.

21 https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf.

VIII. CONCLUSIONES

El Estado de emergencia es un tipo de estado de excepción, regulado en el artículo 137° de la Constitución Política del Perú, decretado por el presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, por un plazo determinado, que puede abarcar todo o parte del territorio nacional, teniendo como consecuencia la restricción de ciertos derechos y la intervención de las Fuerzas Armadas.

1. Las causas para decretar el estado de emergencia son tres:
 - a) En caso de perturbación de la paz o del orden interno,
 - b) Ante una catástrofe; o,
 - c) Ante grave circunstancias que afecten la vida de la Nación.
2. Los derechos suspendidos o restringidos están referidos al: a. Derecho a la inviolabilidad del domicilio, b. Libertades de residencia y tránsito, c. Libertad y seguridad personales, y d. Libertad de reunión.
3. La restricción de derechos no implica que estos desaparezcan de forma absoluta. Lo que se produce es un ejercicio restringido de estos derechos, por lo que los miembros de la PNP y de las FFAA son los llamados a evaluar cada situación.
4. La intervención de los miembros de la PNP y de las FFAA, debe ser en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, la primera busca concordancia entre la detención y las causales que han llevado a que un derecho sea restringido o suspendido; mientras que la segunda es una respuesta adecuada al peligro, dejando de lado toda interpretación a una posible actuación abusiva.
5. Las garantías constitucionales de hábeas corpus y acción de amparo no se restringen durante el Estado de emergencia y la justificación está en evitar abusos de autoridad y demás situaciones que involucren vulneración a los Derechos Humanos, lo que ha sido resaltado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política del Perú de 1993.

Corte I.D.H., El Hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Párr. 20.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru11166.htm>

INFORME N° 48/00, CASO 11.166 sobre WALTER HUMBERTO VÁSQUEZ VEJARANNO vs PERÚ del 13 de abril de 2000.

Declaración de la 1/20 del 9 de abril de 2020 titulado “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”.

Decreto Supremo N° 003-2020-DE.

Decreto Supremo N° 004-2020-IN.

Decreto Supremo N° 008-2020-SA.

Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

Defensoría del Pueblo.

https://www.defensoria.gob.pe/wpcontent/uploads/2018/05/informe_76.pdf

Luis Prieto Sanchis, en su ensayo “*La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*” Ensayo publicado en el Repositorio de Revistas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ministerio de Justicia.

https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion_Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf

PRIETO SANCHIS, Luis. “Estudios sobre derechos fundamentales”. Madrid: Editorial Debate, 1990, p. 247.

Robert ALEXÝ: Teoría de los Derechos Fundamentales, Op. cit., pág. 161.

SAGÜES, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional- Hábeas Corpus. Buenos Aires: Astrea, 1988, pág. 143.

Carlos Nicolás Rodríguez Urday¹

EL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE SUS PRINCIPIOS PROCESALES

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN, 2. SISTEMAS PROCESALES, 2.1. DEFINICIÓN, 2.2. MODELO ADOPTADO POR LA LEGISLACIÓN MILITAR POLICIAL. 3. PRINCIPIOS PROCESALES, 3.1. DEFINICIÓN, 3.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL, 3.2.1. PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, 3.2.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL, 3.2.3. PRINCIPIO DE JUEZ LEGAL, 3.2.4. PRINCIPIO ACUSATORIO, 3.2.5. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, 3.2.6. PRINCIPIO DE DEFENSA, 3.2.7. PRINCIPIO DE PLAZO RAZONABLE, 3.2.8. PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL, 3.2.9. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN, 3.2.10. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, 3.2.11. PRINCIPIO DE ORALIDAD, 3.2.12. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN, 3.2.13. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN; 4. A MANERA DE CONCLUSIÓN; Y 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En el presente artículo, el autor repasa los alcances del sistema procesal acusatorio previsto por el Código Penal Militar Policial y analiza los principios y garantías judiciales que se adoptan en dicha norma, realizando, además, una labor de concordancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Política del Perú, entre otros aspectos.

¹ Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín, capitán del Servicio Jurídico del Ejército y secretario suplente de la Vocalía Suprema del Tribunal Supremo Militar Policial.

ABSTRACT

In this article, the author reviews the scope of the accusatory procedural system established by the Criminal, Military, Police Code and analyzes the principles and judicial guarantees adopted in said rule, also carrying out work in accordance with the American Convention on Human Rights and the Peruvian Political Constitution, among other aspects.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción militar policial fue cuestionada por el Tribunal Constitucional entre los años 2003 al 2008 a través de acciones de hábeas corpus y acciones de inconstitucionalidad, pero las sentencias emitidas han permitido que el Código Penal Militar Policial sea desarrollado a la luz de la Constitución Política del Estado y los Convenios Supranacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por el Estado Peruano.

La parte procesal del Código Penal Militar Policial no se encuentra al margen de esta adecuación, sino, por el contrario, se sustenta en un sistema acusatorio adversarial garantista, imbuido de principios procesales que garantizan un debido proceso, el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de la persona humana y limita el ius puniendi del Estado en materia penal militar policial.

Los principios procesales que sustentan el Código Penal Militar Policial se

encuentran previstos, en parte, en el Título Preliminar, otros en la parte del ordenamiento jurídico procesal y la mayoría en el Título I de la parte procesal del mencionado Código; asimismo, estos principios permitirán a los estudiantes de Derecho, abogados litigantes, auxiliares jurisdiccionales del Fuero Militar Policial, miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, conocer las características principales del proceso militar policial, como se orienta el desarrollo de esta actividad procesal; y, a los jueces militares policiales, aplicar al caso concreto estos principios, cuando se tenga que interpretar una norma o exista un vacío o laguna legal.

2. SISTEMAS PROCESALES

2.1. Definición

La mayoría de autores hacen mención a la clasificación y características de los sistemas procesales, sin desarrollar un concepto, pero Alberto BINDER² refiere que un sistema judicial penal es un conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal. César SAN MARTIN CASTRO,³ por su parte, define el sistema procesal como el “conjunto de características de un concreto proceso penal – de las garantías que reconoce, de los principios que informan y de las reglas que lo desarrollan”; entonces, se entiende que un sistema procesal es el conjunto de principios, garantías e instituciones procesales que delimitan el proceso.

2 BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Penal*. Segunda edición. Buenos Aires, 1999. Editorial Ad – Hoc S.R.L. p. 41.

3 SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal: Lecciones*. Lima. Perú 2015. INPECCP Fondo Editores y CENALES FONDO EDITORIAL, p. 40.

Los sistemas procesales han aparecido y se han desarrollado a lo largo de la historia y de acuerdo con la evolución política de las naciones. En esta misma línea, Jorge ROJAS YATACO⁴ señala que los sistemas procesales son el producto de la evolución de los pueblos y del grado de madurez política de estos, habiendo aparecido a lo largo del tiempo los sistemas procesales siguientes: a) Sistema Acusatorio, que surgió en la Grecia clásica y en la Roma republicana y se caracterizaba por la confrontación que se daba entre el agraviado y el acusado; b) Sistema Inquisitivo, que apareció en la Roma imperial, se mantuvo durante el medioevo y en los Estados absolutos, encargándose el Estado de la persecución y castigo de los delitos; y, c) Sistema Acusatorio Mixto, que emergió en la Ilustración, caracterizándose por tener el proceso penal una etapa de instrucción y otra etapa contradictoria en el juzgamiento; asimismo, en este sistema se limitan las facultades discrecionales de los órganos jurisdiccionales.

2.2. Modelo adoptado por la legislación militar policial

El Código de Justicia Militar de 1980, promulgado mediante Decreto - Ley N° 23214, adoptó un sistema mixto, siendo sus notas características las siguientes:

- El proceso ordinario se dividió en dos etapas. La instrucción, llevada a cabo por el juez instructor de manera reservada y prevaleciendo la escritura y, el juzgamiento, a cargo de

los Consejos de Guerra o Consejos Superiores, según se tratara de las Fuerzas Armadas o de la Policía. En el juicio especial por desertión simple y en el proceso penal sumario que se instauró en octubre de 1996, el juez instructor era quien realizaba el juzgamiento.

- El Ministerio Público era el encargado de acusar.
- Respecto a la prueba, esta se producía durante la etapa de instrucción y era actuada por el juez instructor, de forma que, durante el juicio, los presidentes de los Consejos tan solo ordenaban se oralizaran el informe final redactado por el juez y los testimonios u otras diligencias existentes en los expedientes.
- Con el Código Penal Militar Policial de 2010 se adoptó un sistema acusatorio adversarial⁵, sin embargo, a este modelo podemos agregar que también es garantista.
- Es acusatorio debido a que existe una separación de funciones, donde la Fiscalía Militar Policial se encarga de la investigación del delito de función desde sus inicios y el órgano jurisdiccional lleva a cabo el juicio oral.
- Es adversarial porque en el juicio oral se da el contradictorio entre la Fiscalía Militar Policial y el defensor del imputado, quienes sustentan sus

4 ROSAS YATACO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal. Tomo I*. Lima, 2015. Juristas Editores, p. 111.

5 Conforme a lo señalado en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1094 "Código Penal Militar Policial".

pretensiones mediante las actuaciones probatorias y el Tribunal Militar Policial competente valorará las actuaciones probatorias respetando las reglas de la sana crítica, a fin de emitir una sentencia condenatoria o absolutoria. Durante la etapa de la investigación preparatoria, un juez ejerce como garante de los derechos fundamentales del imputado y, en la etapa intermedia, se ocupa de sa-
near la acusación.

- Es garantista debido a que el proceso penal militar policial se encuentra sustentado en la Constitución Política del Estado y da prevalencia a los derechos fundamentales de la persona humana, contenidos en los instrumentos supranacionales ratificados por el Perú y en la propia Carta Magna peruana.

3. PRINCIPIOS EN EL PROCESO MILITAR POLICIAL

3.1. Definición

El Estado peruano es un Estado Social y Democrático de Derecho y, como tal, debe garantizar el reconocimiento, respeto y protección de los derechos fundamentales de la persona humana. El proceso debe estar imbuido de principios y garantías y es así que el artículo III del Título

Preliminar del Código Penal Militar Policial⁶ reconoce que las partes procesales se encuentran investidas de diversos derechos fundamentales, los cuales deberán ser garantizados por los órganos jurisdiccionales, dándoles prevalencia; asimismo, el proceso penal militar policial contiene principios y garantías señalados en el Título Preliminar y en el Título I: “Principios y Garantías Procesales” de la parte procesal del referido código.

Ahora bien, es necesario aclarar que el concepto derechos fundamentales no se debe equiparar al de derechos humanos, entendiéndose que los derechos humanos son aquellos atributos inherentes a la persona humana que han aparecido a lo largo de la historia y han sido y vienen siendo recogidas por instrumentos internacionales; en cambio, los derechos fundamentales son los derechos humanos que han sido establecidos por la Constitución. Asimismo, se debe delimitar la diferencia entre principios y garantías procesales.

ORÉ GUARDIA, Arsenio⁷ define a las garantías como “el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales e incluso del aparato estatal para su mejor actuación y desenvolvimiento”, estas pueden ser genéricas o específicas. Son genéricas en cuanto

6 Poder Legislativo. Código Penal Militar Policial. 01 de setiembre de 2010.

Artículo III del Título Preliminar: “Los principios y postulados sobre derechos fundamentales de la persona humana contenidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano tienen preeminencia sobre las disposiciones de este Código”.

7 ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Lima 1999. Editorial Alternativas, pp. 56 y 57.

guían el desenvolvimiento de la actividad procesal y, específicas, porque se refieren a aspectos puntuales y concretos del procedimiento y a la estructura y actuación de los sujetos procesales; por lo tanto, se puede entender a las garantías procesales como las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio estatal, ya sea limitando ese poder o repleciendo el abuso⁸.

ARMENTA DEU, Teresa⁹ define los principios como “proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o inspiran las normas concretas, y que, a falta de estas, pueden resolver directamente el conflicto”, es decir, son fórmulas abstractas, generales e inductivas que dotan de armonía y coherencia al ordenamiento jurídico. En base a esta definición podemos entender a los principios procesales como las máximas que configuran las características esenciales de un proceso pudiendo coincidir con un derecho fundamental procesal o una garantía procesal¹⁰.

3.2. Principios que rigen el proceso penal militar policial

3.2.1. Principio de la función jurisdiccional

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2003-AI/TC, define la función jurisdiccional como “aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales (...) En dicho contexto, el justiciable tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para ejecutar una acción...”.

Al interpretar los artículos 138¹¹ y 139^o, inciso 1,¹² de la Constitución Política, se deduce que el Estado peruano tiene un sistema jurisdiccional unitario, donde el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional, pero, también, esta función es extendida a la jurisdicción militar policial para juzgar la comisión de delitos de función y, como tal, tiene la obligación de observar los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia; así también lo entiende la Comisión

8 SALAS BETETA, Christian. *El Proceso Penal Común*. Gaceta Jurídica, p. 28.

9 ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid, 2003. Editorial Marcial Pons, p. 69.

10 BURGOS MARIÑOS, Víctor. *Principios Rectores del Nuevo Código Procesal Penal*. En Víctor Cubas Villanueva y otros (coordinadores). *El Nuevo Proceso Penal, Estudios Fundamentales*. Palestra Editores, p. 47.

11 Congreso Constituyente. Constitución Política del Perú. 05 de abril de 1993.

Artículo 138: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejercer del Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo de la Constitución y a las leyes”.

12 Congreso Constituyente. Constitución Política del Perú. 05 abril de 1993.

Artículo 139 inciso 1: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral”.

Interamericana de Derechos Humanos,¹³ que reconoce al Estado peruano dos jurisdicciones separadas: el privativo o militar y el común o civil. La Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ lo complementa al precisar que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso.

La jurisdicción militar policial tiene su amparo constitucional en el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado y legal, conforme a lo previsto en el artículo VIII¹⁵ del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, y se conceptúa como el poder y deber que tienen los jueces militares policiales de administrar justicia cuando los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional hayan vulnerado bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

3.2.2. Principio de legalidad procesal

El principio de legalidad procesal se encuentra regulado en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política del Estado “(...) Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la

ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”, este principio se manifiesta por ser:

- La jurisdicción militar policial la llamada a conocer de los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.
- Las partes, por mutuo consenso, no pueden establecer a que jurisdicción someterse: al ordinario o al militar.
- A los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, sometidos a la jurisdicción penal militar policial, se les debe aplicar el procedimiento establecido en la parte procesal del Código Penal Militar Policial.

3.2.3. Principio de juez legal

El principio de juez legal se encuentra previsto en el artículo 8°, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, en los términos siguientes: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o un tribunal

13 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Junio 2000. Fundamento 151.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tribunal Constitucional vs Perú*. Sentencia del 31 de enero del 2001. Fundamento 71.

15 Poder Legislativo. Código Penal Militar Policial. 01 de setiembre de 2010.

Artículo VIII del Título Preliminar: “Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que encontrándose en situación de actividad cometen delitos contemplados en este Código, sólo podrán ser investigados y juzgados por los jueces, fiscales, salas y tribunales militares policiales, establecidos en la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y en este Código”.

competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley”. En la jurisdicción militar del Perú, este principio es acogido, de un lado, en la composición de los órganos jurisdiccionales militares policiales, creados a partir de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y, de otro lado, entendido como la capacidad de los jueces militares policiales de avocarse al conocimiento de una causa, es decir, es la suma de la jurisdicción y de la competencia.

La Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial ha establecido la competencia de los órganos jurisdiccionales bajo los siguientes criterios:

Por razón del grado militar le corresponde al Tribunal Supremo Militar Policial conocer los procesos a los Oficiales Generales y Almirantes, Coroneles y Capitanes de Navío de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, Vocales Superiores, Jueces Militares Policiales, Fiscales Superiores, Fiscales Militares Policiales y Relatores y Secretarios del Tribunal Supremo Militar Policial; y, a los Tribunales Superiores Militares Policiales y Juzgados Penales Militares Policiales, conocer los procesos contra los demás miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

- Por razón del territorio, el Tribunal Supremo Militar Policial tiene jurisdicción y competencia en todo el territorio nacional; y los Tribunales Superiores Militares Policiales y los Juzgados Militares Policiales, en el

ámbito determinado por acuerdo de la Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Policial.

- Por razón de su función, la Vocalía Suprema y los Juzgados Militares Policiales son los jueces de garantía en la etapa de la investigación preparatoria y llevan a cabo el control de acusación; la Sala Suprema de Guerra y los Tribunales Superiores Militares Policiales emiten sentencia y resuelven las apelaciones de los autos que emitan la Vocalía Suprema y los Juzgados Militares Policiales, respectivamente; y, la Sala Suprema Revisora conoce y resuelve en última instancia los recursos de apelación contra las sentencias y resoluciones dictadas por la Sala Suprema de Guerra y los Tribunales Superiores Militares Policiales.

3.2.4. Principio acusatorio

El principio acusatorio está previsto en el artículo 153° del Código Penal Militar Policial: “Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal” y se reitera ello en el artículo 228°: “El fiscal militar policial en ningún caso asumirá funciones jurisdiccionales”.

MAIER¹⁶ señala que la “característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado,

16 MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I. Volumen b. Buenos Aires, 1989, Editorial Hammurabi, p. 207.

quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defensa, y finalmente, el tribunal que tiene en sus manos el poder de decidir”; en esa misma línea, la Sala Penal Permanente del fuero común, en la Queja N° 1678-2006, establece como doctrina jurisprudencial que “el principio acusatorio (...) es una garantía esencial del proceso penal que integra el contenido esencial del debido proceso, referida al objeto del proceso y determina bajo que distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal”.

El principio acusatorio se plasma en la jurisdicción militar policial al otorgarse a un órgano autónomo e independiente funcionalmente, como son las fiscalías militares policiales, a que ejerza el monopolio de la investigación con el objeto de reunir elementos de convicción de cargo y descargo, que le permita decidir si formula o no la acusación y, asimismo, es el titular de la acción penal y el responsable de presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad del imputado.

La Fiscalía Militar Policial se organiza de la manera siguiente:

En Fiscalía Suprema del Tribunal Supremo Militar Policial, que a su vez se divide en:

- Fiscalía Suprema ante la Vocalía Suprema, encargada de realizar los actos de investigación y formular la acusación contra los Oficiales Generales y Almirantes, Coroneles y Capitanes de Navío de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, Vocales Superiores y Jueces Militares Policiales, Fiscales Superiores y Fiscales Militares Policiales, Relatores y Secretarios del Tribunal Supremo Militar Policial.

- La Fiscalía Suprema ante la Sala Suprema de Guerra, que es la encargada de sustentar la teoría del caso de la fiscalía militar en el juicio oral contra los Oficiales Generales y Almirantes, Coroneles y Capitanes de Navío de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, Vocales Superiores y Jueces Militares Policiales, Fiscales Superiores y Fiscales Militares Policiales y Relatores y Secretarios del Tribunal Supremo Militar Policial.
- La Fiscalía Suprema ante la Sala Revisora, interviene en las audiencias que se llevan a cabo por la interposición de un recurso de apelación contra las sentencias emitidas por la Sala Suprema de Guerra y los Tribunales Superiores Militares Policiales.

En Fiscalías Superiores Militares Policiales que se encargan de sustentar la teoría del caso de la fiscalía militar en los juicios orales contra los demás miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

En Fiscalías Militares Policiales ante los Juzgados que se encargan de realizar los actos de investigación y formular la acusación contra los demás miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

Asimismo, este principio exige la congruencia entre la acusación y la sentencia, respecto de los autores, partícipes, hechos y circunstancias descritas por el fiscal militar policial; es decir, que el juez militar policial no puede sentenciar en calidad de autor o partícipe a otros militares o policías que no han sido individualizados en la etapa correspondiente y tampoco puede modificar los hechos o circunstancias descritas en la acusación fiscal; en ese sentido, el Código

Penal Militar Policial permite al fiscal, en la etapa del juicio oral, ampliar la acusación siempre y cuando se modifique la calificación legal. La congruencia no sólo se exige entre la acusación y la sentencia, sino que también es exigible desde el inicio de la investigación preparatoria, ya que una de las peculiaridades de este proceso penal militar policial es la audiencia de inicio de comunicación de la investigación preparatoria, mediante la cual se da a conocer al militar o al policía su calidad de imputado, los hechos y circunstancias que se le imputan, garantizando de esta manera el derecho a ser informado y el derecho de defensa tanto material como técnica; en el caso que durante las actuaciones fiscales aparezcan nuevos hechos o autores o partícipes, el fiscal militar policial deberá incorporarlos mediante una disposición fiscal, la misma que será notificada a todos los sujetos procesales.

Además, el principio acusatorio exige que el juez penal militar policial no puede disponer de oficio ningún acto de investigación.

3.2.5. Principio de presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia se encuentra amparada en el artículo 8º, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...” y en el artículo 2º, inciso 24, literal e., de la Constitución Política del Estado: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

En el Código Penal Militar Policial, este principio está en el artículo 146º: “1. Todo militar o policía imputado de la

comisión de un hecho punible es considerado inocente, y debe ser tratado como tal en tanto no se demuestre lo contrario o se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme y debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal, debe resolverse a favor del imputado. 2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a un militar o a un policía como culpable o brindar información en tal sentido. No obstante, se podrá publicar los datos estrictamente indispensables cuando sea necesario para lograr su identificación y/o captura”.

El principio de presunción de inocencia redactado en el artículo anterior ha sido elaborado conforme a los alcances dados jurisprudencialmente, quedando sólo precisar que la carga de la prueba le corresponde a la Fiscalía Militar Policial. La actividad probatoria que construya la culpabilidad del acusado debe ser obtenida respetando los derechos, garantías y principios que la Constitución Política del Estado y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los que es parte el Perú.

Existe una situación en la parte administrativa de la jurisdicción militar policial que, en nuestro concepto, vulnera dicho principio y es el de registrar las aperturas de investigación preparatoria por parte del Registro Central de Condenas, teniendo en cuenta que el principio de presunción de inocencia tiene carácter erga omnes y con el registro se pueda generar antecedentes al militar o al policía, sin tener una sentencia condenatoria firme, afectando, por ejemplo, su derecho a recibir una condecoración o un ascenso.

3.2.6. Principio de defensa

El principio de defensa se encuentra previsto en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, conforme al artículo 8º, numeral 2, literales:

(...)

- “c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- y,
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.”

En la Constitución Política del Estado, el derecho de defensa se encuentra en el artículo 139º, inciso 14: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con

un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.” El inciso 16 precisa: “El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.”

El Código Penal Militar Policial, en su artículo IX del Título Preliminar, establece: “En todo proceso se garantizará el derecho de defensa” y el artículo 148º, inciso 1: “Todo militar o policía tiene derecho a que se le informe de sus derechos, se le comuniquen la imputación formulada en su contra y a ser asistido por un abogado defensor de su elección, o en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y a utilizar los medios de prueba pertinentes, conforme a ley.”

El derecho de defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo, en todo momento, como un verdadero sujeto del proceso y no como un objeto del mismo¹⁷; debe entenderse como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales

17 Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. *Caso Ruano Torres y otros vs El Salvador*. Sentencia del 05 de octubre del 2015. Fundamento 153.

radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado¹⁸.

El principio de defensa, dentro de un proceso penal, se configura en dos dimensiones¹⁹:

- Material, que se refiere al derecho del imputado de ejercer su propia defensa; y,
- Técnica, que está referida al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.

La Constitución tiene una preocupación por proteger al individuo del eventual uso arbitrario del poder penal, para lo cual ha recogido los principios de presunción de inocencia, de independencia e imparcialidad de los magistrados, para mantener el proceso penal dentro de un ámbito de racionalidad y “juego limpio”; asimismo, ha establecido el principio de defensa para que actúe conjuntamente y operativice a las demás garantías, principios o derechos procesales; contrario sensu, si no se le da cumplimiento a este principio, las restantes garantías, principios o derechos quedan en letra muerta o dejan de cumplir su función específica. Este principio bajo análisis ha sido desarrollado explícitamente por el

Código Penal Militar Policial, siendo necesario hacer algunas precisiones al respecto:

- La jurisdicción militar policial reconoce el derecho de defensa al procesado desde que se inicia la investigación preliminar y culmina con la finalización del proceso, inclusive en la etapa de ejecución.
- La Fiscalía Militar Policial tiene la obligación de notificar la disposición de inicio de la investigación preparatoria al investigado para que tenga conocimiento de cuál es el hecho que se le imputa, tenga tiempo para buscar una defensa de su elección y comience a construir su teoría del caso.
- El investigado puede ejercer su defensa material y técnica, teniendo como requisito, “*sine qua non*”, ser abogado.
- En caso que el procesado no tenga un abogado defensor, la jurisdicción militar policial cuenta con una defensoría de oficio, integrado por abogados del Cuerpo Jurídico Militar Policial o civiles. La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos establece que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas²⁰, es decir, contar con defensores de oficios idóneos y capacitados que

18 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025/09 del 27 de enero del 2009. Fundamento 3.2.

19 Tribunal Constitucional. Expediente N° 6260-2005-PHC/TC del 12 de setiembre del 2005. Fundamento 3.

20 Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Fundamento 159.

estén dotados de garantías suficientes para su actuación.

- La defensa técnica debe ser idónea, no sólo formal, sino que debe llevar efectivamente la defensa encargada.

3.2.7. Principio de plazo razonable

El principio de plazo razonable se encuentra previsto en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en el artículo 7, inciso 5: “Toda persona detenida o retenida (...) tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable...”; y a su vez, el artículo 8, inciso 1, de la misma precisa: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...” Este principio se encuentra también en el artículo 154° del Código Penal Militar Policial: “Toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme a los plazos establecidos en este Código. El retardo en dictar resoluciones o dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituirán falta grave”.

El plazo razonable es un derecho implícito del derecho al debido proceso y se entiende que el plazo del proceso será razonable sólo si es que comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los

derechos u obligaciones de las partes. Si bien el plazo razonable se entiende comúnmente como una garantía contra las dilaciones indebidas, también garantiza que las controversias no sean resueltas en plazos excesivamente breves que tornen ilusorias las etapas procesales y el derecho de defensa de las partes.²¹ En cambio, el plazo legal es el que se encuentra ya preestablecido en la norma; por consiguiente, no todo plazo legal es razonable.

El Tribunal Constitucional²² ha establecido tres criterios para determinar el plazo razonable, siendo estos:

- Complejidad del caso, en el que se consideran factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpadados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicado y difícil.
- Conducta procesal del interesado, en el que se evalúa si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el proceso, por cuanto si la dilación ha sido provocada por él, no cabe calificarla de indebida.
- Conducta de las autoridades judiciales, evaluándose el grado de celeridad con el que se ha tramitado el

21 Tribunal Constitucional. Expediente N° 01006-2016-PHC/TC del 24 de enero del 2018. Fundamento 9.

22 Tribunal Constitucional. Op. Cit. Fundamento 11.

proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa. Para ello, será preciso examinar las actuaciones u omisiones de los órganos jurisdiccionales en la tramitación de la causa.

El cómputo del proceso penal militar policial se inicia con la disposición de apertura de la investigación preparatoria, emitida por el fiscal militar policial, y el plazo dispuesto legalmente es de seis meses. Cumplido este plazo, el fiscal militar policial puede requerir la prórroga de dicho plazo, bajo los supuestos de pluralidad de agraviados o imputados o las dificultades de la investigación, siendo el juez militar policial quien debe fijar el plazo razonable, no pudiendo ser mayor a seis meses; una vez concluido el plazo otorgado por la judicatura, el fiscal militar policial podrá dar por terminada la investigación preparatoria, emitiendo el requerimiento de sobreseimiento o de acusación, pudiendo también solicitar un plazo extraordinario ante la Sala Suprema Revisora, la que tendrá que evaluar si otorga o no la prórroga extraordinaria solicitada que no puede ser mayor a tres meses.

En muchos requerimientos de prórroga de plazo el fiscal militar policial sustenta su pedido en que falta recibir la declaración o ampliación de la declaración del imputado, sin embargo, este acto de investigación no es necesario debido a que el imputado

se encuentra protegido por el principio de presunción de inocencia y tiene derecho a guardar silencio. La declaración del imputado es una expresión de voluntad, contraria a la pretensión penal, no debiendo confundirse su participación cuando sea fuente de prueba material, como la actuación de una pericia grafotécnica, a la que asistirá necesariamente.

3.2.8. Principio de igualdad procesal

El principio de igualdad procesal se encuentra protegida en el artículo 24° de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. En la Constitución Política del Perú, tal principio se encuentra previsto en el artículo 2°, inciso 2, en los términos siguientes: “A la igualdad ante la ley...”; asimismo, se encuentra regulado en el artículo 152° del Código Penal Militar Policial: “Se garantiza la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer sus facultades y derechos”.

Bidart Campos²³ señala que la expresión ‘igualdad ante la ley’ peca de insuficiente y propicia que se denomine ‘igualdad jurídica’, con alcance integral, que abarca: a) igualdad ante el estado, que comprende igualdad ante la ley, ante la administración y ante la jurisdicción; y, b) igualdad ante y entre particulares.

El principio de igualdad procesal implica que las partes procesales, en especial,

23 BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo I*. Buenos Aires, 1989. EDIAR, p. 260.

entre la parte acusadora y el acusado, no exista un tratamiento diferenciado, que exista un equilibrio entre la investigación y el derecho de defensa, que tengan los mismos mecanismos procesales e iguales armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba.

3.2.8. Principio de contradicción

El principio de contradicción se encuentra en el artículo 144° del Código Penal Militar Policial: “Durante todo el proceso se observará el principio de contradicción...”, debiendo ser entendida como la facultad que tiene el procesado para contradecir las peticiones del órgano acusador en la audiencia respectiva, pero el momento en el que se observa la aplicación de este principio plenamente es en el juicio oral, donde las partes sustentan sus posiciones y las pruebas serán analizadas y debatidas.

Para que se efectivice este principio se requiere que el imputado conozca, previamente, la imputación formulada en su contra (intimación), que esta sea clara, precisa y circunstanciada, debiendo ser sustentada en una audiencia.

3.2.9. Principio de publicidad

El principio de publicidad se encuentra protegido en el artículo 8°, inciso 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario

para preservar los intereses de la justicia”. El artículo 139°, inciso 4, de la Constitución Política del Estado, refiriéndose a este principio, precisa: “La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley...”. El Código Penal Militar Policial, a su vez, establece en el artículo 144°: “(...) En el juicio se respetarán, además, los principios de (...), publicidad...”; abundándose en el artículo 151°: “Quedan prohibidos la incomunicación del imputado y el secreto de las actuaciones. Sólo en los casos y por motivos autorizados por este Código se podrá disponer la reserva de las actuaciones que fueran necesarias para no entorpecer la investigación por un tiempo limitado. Todas las audiencias serán públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código”.

El principio de publicidad se define como el conjunto de medios que le permite al público la libertad de presenciar el desarrollo de la audiencia y, en consecuencia, de controlar la marcha y la decisión judicial de la misma, posibilitando el control social sobre el desarrollo de la actividad judicial y permitiendo poder ejercer todos los derechos que se tiene como parte²⁴. En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁵ señaló que “La publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de

24 GIMENO SENDRA, José. Derecho Procesal Penal. Segunda Edición. Madrid, 2007. Editorial Colex, p. 230.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Palamara Iribarne vs Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Fundamento 168.

las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros. Es así, que se puede hablar de una publicidad interna y externa, la primera se entiende como el derecho que tienen las partes de acceder a la carpeta fiscal y al expediente judicial, que los actos de investigación se hagan con conocimiento de las partes procesales; en cambio, la publicidad externa se refiere al derecho del ciudadano de asistir a las audiencias y conocer el resultado del proceso”.

3.2.10. Principio de oralidad

El principio de oralidad se encuentra regulado en el artículo 144° del Código Penal Militar Policial: “(...) En el juicio se respetarán, además, los principios de oralidad...”; sin embargo, consideramos que en sí no es un principio procesal sino un mecanismo que sirve para materializar los principios de inmediación y publicidad, permitiendo a las partes procesales, en igualdad de armas, argumentar y contra argumentar en las audiencias respectivas y el juicio oral; no obstante, este mecanismo no elimina la escrituralidad en el proceso pero lo reduce significativamente.

En las audiencias que se llevan a cabo en la jurisdicción militar policial se debe desterrar que las partes procesales reproduzcan ad literam lo señalado en su escrito, para lo cual el juez militar policial, como director de la audiencia o juicio, debe de

indicar cuales son las reglas con las que se llevará a cabo la audiencia, siendo una de estas, dar un tiempo prudencial para que argumenten al momento de su intervención, resolviendo el juez militar policial conforme a lo alegado en la audiencia.

3.2.11. Principios de inmediación y concentración

El principio de inmediación está previsto por el Código Penal Militar Policial en el artículo 144°: “Durante todo el proceso se observarán los principios de (...), inmediación...” y el de concentración en el artículo 348°: “Los incidentes y peticiones se resolverán en audiencias orales y públicas, bajo los principios de (...) y concentración de la prueba”.

El principio de inmediación consiste en que la audiencia y la actividad probatoria deben realizarse en presencia del juez encargado de emitir la resolución correspondiente, presentándose este principio en dos dimensiones: una personal y otra estructural. La primera se refiere a los datos relacionados con la percepción sensorial del juez, lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de las manifestaciones, precisiones en el discurso; y, la estructural se relaciona con el contenido de la prueba, la misma que puede ser fiscalizada y variada.²⁶

El principio de concentración implica que las sesiones de las audiencias y el juicio oral se realicen, si es posible, en una sola sesión, debiendo el juez emitir la resolución correspondiente en un breve plazo.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El Código Penal Militar Policial adopta el sistema acusatorio adversarial garantista, inspirado en principios procesales que se encuentran regulados en la Constitución Política del Estado y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los principios procesales regulados en el Código Penal Militar Policial se deben

aplicar de manera armoniosa y continua, durante todo el proceso penal militar policial, dándole a este las garantías de imparcialidad, independencia y autonomía. Deben garantizarse que las características del sistema acusatorio se cumplan, separando claramente las funciones de los fiscales y de los jueces, entre muchas otras obligaciones procesales.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid, 2003. Editorial Marcial Pons.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo I*. Buenos Aires, 1989. EDIAR.
- BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Penal*. Segunda edición. Buenos Aires, 1999. Editorial Ad – Hoc S.R.L.
- BURGOS MARIÑOS, Víctor. *Principios Rectores del Nuevo Código Procesal Penal*. En Víctor Cubas Villanueva y otros (coordinadores). *El Nuevo Proceso Penal, Estudios Fundamentales*. Palestra Editores.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Junio 2000.
- Constitución Política del Estado de 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025/09 del 27 de enero del 2009.
- Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñiguez vs Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Palamara Iribarne vs Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Fundamento 168.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ruano Torres y otros vs El Salvador*. Sentencia del 05 de octubre del 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tribunal Constitucional vs Perú*. Sentencia del 31 de enero del 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, 1995. Editorial Trotta.
- GIMENO SENDRA, José. *Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Madrid, 2007. Editorial Colex. p. 230.
- Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.
- DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. *El Nuevo Proceso Penal*. Lima, 2007. Editorial IDEMSA.

- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I. Volumen b.* Buenos Aires, 1989, Editorial Hammurabi.
- ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal.* Segunda Edición. Lima 1999. Editorial Alternativas.
- Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.
- ROSAS YATACO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal. Tomo I.* Lima, 2015. Juristas Editores.
- SALAS BETETA, Christian. *El Proceso Penal Común.* Gaceta Jurídica.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal: Lecciones.* Lima. Perú 2015. INPECCP Fondo Editores y CENALES FONDO EDITORIAL.
- Tribunal Constitucional. Expediente N° 6260-2005-PHC/TC del 12 de setiembre del 2005.
- Tribunal Constitucional. Expediente N° 01006-2016-PHC/TC del 24 de enero del 2018.

Alberto Willy Becerra Pérez¹

LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA INDEBIDA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL COMÚN EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCION; II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA; III. ANTECEDENTES; IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA COERCITIVA EN EL CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL; V.LA APLICACIÓN SUPLETORIA ESTABLECIDA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL; VI. LA CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL Y EL CODIGO PROCESAL PENAL; VII. MPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN SUPLETORIA PÓR PARTE DEL JUEZ MILITAR POLICIAL PARA EL CESE DE PRISIÓN PREVENTIVA; VIII. LA ÉTICA DEL MAGISTRADO MILITAR POLICIAL; IX. CONCLUSIONES; Y X. BIBLIOGRAFIA.

RESUMEN

El autor analiza la decisión de un juez militar policial en una cesación de prisión preventiva, en la que se aplica indebidamente artículos del Código Procesal Penal, alegando una supletoriedad por vacío o defecto de la ley, cuando en el Código Penal Militar Policial esta institución se halla claramente determinada.

ABSTRACT

The author analyzes the decision of a military police judge in a cessation of preventive detention, in which articles of Criminal Procedure Code are improperly applied, alleging a supplementary nature due to a vacuum or

1 Oficial del Servicio Jurídico del Ejército, abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

defect of the law when in the Criminal, Military, Police Code this institution is clearly determined.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú asigna a las Fuerzas Armadas la finalidad primordial de “garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República” y a la Policía Nacional del Perú la “finalidad fundamental de garantizar, mantener y restablecer el orden interno”.

Para que los integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional cumplan sus funciones constitucionales debidamente, la propia Constitución ha establecido la jurisdicción militar en su artículo 139°, inciso 1°, con el fin de proteger los bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de dichas fuerzas; de allí la trascendental función que cumplen los magistrados militares policiales, cuyo desempeño debe ser, en todo momento, imparcial, independiente y sujeto a las normas legales pertinentes, sin olvidar que la jurisdicción militar es excepcional, especial y tiene sus propios procedimientos que deben ser respetados.

Este artículo pretende mostrar que un indebido uso del artículo XV del Título Preliminar del Código de Justicia Militar Policial, referido a la aplicación supletoria de normas empleadas en la jurisdicción común, afectan seriamente la integridad del código castrense, hacen ver el desconocimiento de su naturaleza especial e, incluso, dudar de la honorabilidad del juez que emitió la resolución sobre una prisión preventiva que analizaremos.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Puede el juez militar policial aplicar de manera supletoria el artículo 283° del Código Procesal Penal, relacionado con la cesación de la prisión preventiva, pese a que el Código Penal Militar Policial establece, de manera clara y categórica, la cesación de la prisión preventiva en su artículo 326°?

III. ANTECEDENTES

El Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial detectó una irregularidad, al haber un juez militar policial liberado a una investigada que se encontraba con prisión preventiva, aplicando de manera “supletoria” el artículo 283° del Código Procesal Penal, “aparentemente”, a pedido de la defensa técnica de la imputada. ¿Por qué aparentemente?, porque la defensa presentó cinco escritos solicitando: 1) Nueva audiencia para mejor calificación de la prisión preventiva en virtud de nuevas pruebas; 2) Presenta medios probatorios que consisten en declaraciones testimoniales y otros; 3) Presenta como medio probatorio el acta de la audiencia de prisión preventiva llevada a cabo en el fuero común; 4) Presenta medios probatorios que consisten en denuncias contra la supuesta agraviada por participar en actos ilícitos (venta de celulares); y 5) Presenta como medio probatorio la declaración de una testigo.

Como se puede apreciar del párrafo precedente, la defensa técnica en ningún extremo solicita el cese de la prisión preventiva, tampoco hace mención al artículo 326° del Código Penal Militar Policial, que era el artículo que correspondía al efecto, estando en ejecución dicha medida coercitiva; sin embargo, el juez militar policial resolvió

declarando: “fundado el requerimiento de la prisión preventiva de la defensa técnica”, lo cual a todas luces evidencia una irregularidad en su proceder, que incluso podría ser tomado como prevaricato.

IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA COERCITIVA EN EL CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL.

La prisión preventiva se encuentra regulada en el artículo 321° del Código Penal Militar Policial, estableciéndose ocho medidas coercitivas, entre las cuales se encuentra la prisión preventiva, la que es impuesta por el juez militar policial a pedido del fiscal militar policial² o del actor civil. Para el caso que nos ocupa, fue impuesta a pedido del fiscal.

V. LA APLICACIÓN SUPLETORIA ESTABLECIDA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

El artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial establece la aplicación supletoria, en los términos siguientes: “En caso de vacío o defecto del presente Código, serán de aplicación supletoria las normas previstas en los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza

y no se opongan a los preceptos y fines de este Código”.

El primer término se refiere al vacío de la ley. El concepto tiene un significado restrictivo, en tanto se refiere a la posibilidad de que existan supuestos fácticos en disputa que no hayan sido contemplados por la norma.³ El vacío de Derecho, en el sentido que la Constitución utiliza el término, contiene elementos que considerar: La ausencia de norma y la necesidad de que ella exista. Por su propia naturaleza, es materia de opinión y de razonabilidad.⁴

En cuanto al defecto, está relacionado con la deficiencia de la ley, referido a que la norma muestre evidentes signos contradictorios u oscuros.⁵ Respecto al vacío podemos afirmar que serían temas no regulados por el Código Penal Militar Policial y el defecto del mismo, obedecería a que sea opuesto, discordante y sombrío.

VI. LA CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL Y EL CODIGO PROCESAL PENAL

El Código Penal Militar Policial, en cuanto a la cesación de la prisión preventiva, establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 326°. - Cesación de la Prisión Preventiva

2 “(...) el Tribunal Constitucional viene subrayando en su reiterada jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad” - RTC 07961-2006-PHC/TC.

3 Enrique BERNALES BALLESTEROS: La Constitución de 1993, Análisis Comparado.

4 RUBIO CORREA, Marcial: Para Leer el Código Civil, Tomo III. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1986.

5 Enrique BERNALES BALLESTEROS: La Constitución de 1993, Análisis Comparado.

Se dispondrá el cese de la prisión preventiva en los casos siguientes:

1. Si su duración supera el mínimo de la pena prevista en abstracto para el delito que se atribuye al imputado.
2. Si su duración es equivalente al tiempo exigido para la concesión de la libertad condicional o libertad asistida a los condenados, y concurren los requisitos restantes; y
3. Si excede los plazos máximos establecidos por este Código.”

Como se puede apreciar, la figura jurídica de cesación de la prisión preventiva, de manera clara y categórica, se encuentra estipulada en el Código Penal Militar Policial; en consecuencia, no cabe, bajo ningún argumento, remitirse supletoriamente al Código Procesal Penal.

De otro lado, el Código Procesal Penal, en cuanto a la cesación de la prisión preventiva, establece lo siguiente:

“Artículo 283°. - Cesación de la Prisión Preventiva.

1. El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente.
2. El Juez de la investigación preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el artículo 274°⁶.

3. La cesación de la medida procederá, cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulta necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de la libertad y el estado de la causa.
4. El Juez dispondrá las correspondientes reglas de conducta necesarias para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida.”

Si el Código Penal Militar Policial establece claramente los parámetros de la cesación de la prisión preventiva, ¿por qué el juez militar policial se remitió de manera irregular y supletoriamente al artículo 283° del Código Procesal Penal, que también establece la cesación de la prisión preventiva en el fuero común?

Para dar una respuesta coherente y jurídica a esta pregunta, tenemos que formular un cuadro y realizar un análisis comparativo de los requisitos o presupuestos establecidos en los artículos 326° del Código Penal Militar Policial y 283° del Código Procesal Penal:

6 Art. 274° Prolongación de la Prisión Preventiva (...).

ART. 326° DEL CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL	ART. 283° DEL CODIGO PROCESAL PENAL
<p>Se dispondrá el cese de la prisión preventiva en los casos siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si su duración supera el mínimo de la pena prevista en abstracto para el delito que se atribuye al imputado. 2. Si su duración es equivalente al tiempo exigido para la concesión de la libertad condicional o libertad asistida a los condenados, y concurren los requisitos restantes; y 3. Si excede los plazos máximos establecidos por este Código.” 	<p>El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente.</p> <p>El Juez de la investigación preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el artículo 274.</p> <p>La cesación de la medida procederá, cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulta necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de la libertad y el estado de la causa.</p> <p>El Juez dispondrá las correspondientes reglas de conducta necesarias para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida.”</p>

De acuerdo al cuadro comparativo que hemos formulado, los presupuestos de los citados códigos son distintos; de un lado, esos presupuestos en el Código Penal Militar Policial están referidos al plazo o período de duración, mientras que en el Código Procesal Penal los presupuestos están relacionado con a nuevos elementos de convicción que demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulta necesario sustituirla por la medida de comparecencia.

El juez militar policial que aplicó indebidamente el artículo 283° del Código Procesal Penal en su resolución de cesación de la prisión preventiva, argumentó lo que sigue:

“Resolución N°

Lima, doce de setiembre

Del año dos mil diecisiete

(...) CONSIDERANDO: PRIMERO: El Fiscal Militar Policial, solicitó la Prisión Preventiva del imputado, por el término

de seis meses, en mérito del requerimiento fiscal (...) actualmente recluso en el CENIN PNP, medida que se dio en cumplimiento a lo señalado en los artículo 321° inciso 8), que cumplen los requisitos contemplados en el artículo 322° y 324° del Código Penal Militar Policial (...) TERCERO: Supletoriamente el Artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, dispone que podemos acudir supletoriamente al Código Penal, Código Procesal Penal y Código de Ejecución Penal, es por ello que acorde al Artículo 283° CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, inciso 1) “El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente.3) La cesación de la medida procederá, cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulta necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de la libertad y el estado de la causa. 4) El Juez dispondrá las correspondientes reglas de conducta necesaria para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida”, del Código Procesal Penal establece el derecho de los procesados o investigados de presentar variaciones a la PRISIÓN PREVENTIVA decretada por autoridad competente, por ello se admite a trámite el pedido de la Defensa Técnica y debatido los argumentos señalados por la Defensa Técnica y el Fiscal Militar Policial de este Fuero, lo señalado por el Tribunal Constitucional en el caso N° 1567-2002-HC,

por el cual señala que la prisión preventiva no es una medida punitiva, sino que tiene como objeto resguardar el normal desarrollo de la actividad jurisdiccional, y asegurar la presencia preventiva, se dicta única y exclusivamente con fines de cautelar el normal y eficiente desarrollo de las investigaciones, con el propósito de lograr que el investigado no eludió la acción de la justicia, ni entorpezca su actividad probatoria y eficacia. (...) concordante con lo señalado en el Artículo XV del Título Preliminar del CPMP en lo referente al Artículo 284° IMPUGNACIÓN inciso 1) El imputado y el Ministerio Público, podrán interponer el recurso de apelación dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quien se dictó el auto de cesación de prisión preventiva, por lo que de conformidad al artículo 175° inciso 4) del aludido Código Penal se aprecia la legalidad y razonabilidad del requerimiento y se resolverá fundadamente, por lo que, es DECISIÓN: Por dichos fundamentos señalados, el Juez Militar Policial RESUELVE: 1. Declarar FUNDADO el requerimiento de Cesación de Prisión Preventiva de la Defensa Técnica del imputado..., en la investigación preparatoria iniciada por la presunta comisión de los delitos Contra la Integridad Institucional en la modalidad de Desobediencia y Contra el Servicio de Seguridad en la modalidad de Abandono o Retardo del Servicio de Guardia (Artículos 117° y 102° del CPMP) otorgándose su inmediata libertad. (...) ORDENO que consentida y/o ejecutoriada se archive la presente incidencia o en caso de ser impugnada por las partes procesales, se eleve al superior en grado con la debida nota de atención.TR y dese cuenta.

MEDIOS IMPUGNATORIOS:

JUEZ: Pregunta al Fiscal Militar Policial si está conforme con la presente resolución.

FISCAL MILITAR POLICIAL: Dijo que apela.”

Del análisis de lo resuelto por el juez militar policial, así como del cuadro comparativo que formulamos, se determina

que no solo aplicó de manera irregular el artículo 283° del Código Procesal Penal, sino también aplicó supletoria e indebidamente el artículo 284° del mismo código, en vez de aplicar el artículo 327° del Código Penal Militar Policial, en cuya virtud el fiscal militar policial impugna la decisión del juez. Veamos el siguiente cuadro comparativo:

ART 327° DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL	ART 284° DEL CODIGO PROCESAL PENAL
<p>Artículo 327°. - Revocatoria y revisión de las medidas cautelares</p> <p>El juez militar policial de oficio o a petición de parte, dispondrá la inmediata libertad del imputado cuando no concurren o hayan cesado los presupuestos exigidos para la imposición de prisión preventiva.</p> <p>El imputado también podrá solicitar la revocatoria o sustitución de cualquier medida cautelar.</p> <p>También tendrá derecho a que, por única vez, la decisión sea examinada por la Sala Suprema Revisora del Tribunal Supremo Militar Policial. La resolución que rechace una medida cautelar no podrá ser impugnada.</p> <p>La impugnación del fiscal militar policial a la resolución que concede libertad <u>impide</u> la excarcelación.</p>	<p>Artículo 284°. - Impugnación.</p> <p>1. El imputado y el Ministerio Público podrán interponer recurso de apelación, dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quien se dictó auto de cesación de la prisión preventiva.</p> <p>2. Rige lo dispuesto, en lo pertinente, en los numerales 1) y 2) del artículo 278°.</p>

Como queda evidenciado, el juez militar policial “cuidó” que el imputado a quien le cesaba la prisión preventiva saliera en libertad a como dé lugar, toda vez que la sola apelación del fiscal militar policial, como sí lo hizo, impedía la excarcelación, pero el juez, al aplicar de manera supletoria e indebida el artículo 284° del Código Procesal Penal, “evitó” que la apelación del fiscal impidiese la excarcelación de la imputada, lo que demuestra un acto absolutamente arbitrario, que no deja duda alguna de una evidente parcialización al momento de decidir por el cese de la prisión preventiva de la imputada.

Por otro lado, queda claro, con los argumentos esgrimidos en su resolución de cese de la prisión preventiva, que declaró fundado el cese de la prisión preventiva por haber “nuevos elementos de convicción”; empero, como este presupuesto no se encuentra establecido en el artículo 326° del Código Penal Militar Policial, se remitió de manera supletoria al artículo 283° del Código Procesal Penal.

IV. IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN SUPLETORIA PÓR PARTE DEL JUEZ MILITAR POLICIAL PARA EL CESE DE PRISIÓN PREVENTIVA

El Código Penal Militar Policial, en cuanto a la aplicación supletoria, establece:

“Artículo XV.- Aplicación Supletoria

En caso de vacío o defecto del presente Código, serán de aplicación supletoria las normas previstas en los Códigos Penal,

Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos y fines de este Código.”

Siendo el vacío en nuestro ordenamiento jurídico la ausencia de una norma para regular un acto concreto, en el presente caso no existe vacío alguno, porque el Código Penal Militar Policial, en su artículo 362°, establece de manera clara y sin duda alguna las reglas para el cese de la prisión preventiva; en consecuencia, ¿De qué vacío se valió el juez militar policial para aplicar de manera indebida el artículo 283° del Código Procesal Penal? Tampoco existe defecto en el Código Penal Militar Policial al respecto. Guillermo Cabanellas Torres⁷ (Diccionario Jurídico Elemental-2010) define el defecto legal como la carencia de alguno de los requisitos exigidos imperativamente por la ley para la validez de ciertos actos.

Finalmente, al haber apelado el fiscal militar policial de la resolución del juez, conforme al Código Penal Militar Policial, le correspondía a la Sala del Tribunal Superior Militar Policial competente declarar fundada la apelación del fiscal y nula la resolución del A Quo.

V. LA ÉTICA DEL MAGISTRADO MILITAR POLICIAL

Tal como lo estipula el Código de Ética del Magistrado Militar Policial, todo Magistrado debe ejercitar sus funciones y atribuciones con lealtad, ponderación, probidad, imparcialidad, independencia,

7 Guillermo Cabanellas Torres (Diccionario Jurídico Elemental-2010).

razonabilidad y honor, en defensa de la legalidad e intereses constitucionales del Estado, la Nación y de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; velando siempre por la justicia como supremo valor de la paz y la convivencia social.

En tal sentido, los operadores de la Justicia Militar Policial no pueden ser ajenos a la crítica de la opinión pública, que busca siempre enfatizar los errores y acciones indebidas de los magistrados. En el caso que comentamos, si bien no se ha probado la comisión de un delito, la conducta del magistrado militar policial debió ser superior al estándar común, de tal manera que al efectuar su actividad tenga la suficiente autoridad para ejercer la judicatura, de allí que, de acuerdo con esta premisa, en muchos países, la condición de juez es una honra antes que una especialidad u oficio.

VI. CONCLUSIONES

La función del juez es aplicar el Derecho debidamente; es decir, lo que la ley le permite y no crearlo, función que corresponde al legislador.

El juez militar policial dictó de oficio una resolución de cese de prisión preventiva, sin que existiese una petición formal, aplicando artículos del Código Procesal

Penal (283° y 284°) y desconociendo, manifiestamente, que la institución de la prisión preventiva se encuentra claramente regulada en el Código Penal Militar Policial, más propiamente, para el caso comentado, en los artículos 326° y 327°.

No es posible, jurídicamente, remitirse supletoriamente al Código Procesal Penal para resolver el cese de una prisión preventiva en la jurisdicción militar, dado que el ordenamiento castrense lo establece de manera clara, precisa y categórica.

El juez militar policial, en el presente caso, no ha estado a la altura de las circunstancias, dejando sospecha de una manifiesta inconducta funcional, con visos de dolo.

VII. BIBLIOGRAFIA

- BERNALES BALLESTEROS Enrique: "La Constitución de 1993-Análisis Comparado".
- CABANELLAS TORRES Guillermo: "Diccionario Jurídico Elemental-2010"
- Código de Ética del Magistrado Militar Policial.
- Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N° 1094)
- Constitución Política del Perú de 1993.
- RUBIO CORREA Marcial: "Estudio de la Constitución Política de 1993"

■ BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA MANUEL MARÍA PONCE BROUSSET²

El general de brigada Manuel María Ponce Brousset nació en Arequipa, el 5 de abril de 1874.³ Sus padres fueron Dn. Tomas Ponce y Dña. María Balbina Dolores Brousset Wentuisen, descendiente del militar francés Antoine Brousset Franc, asentado en Arequipa a principios del siglo XIX, durante la invasión napoleónica a España. Asistió al colegio de la Independencia Americana y luego de concluir sus estudios secundarios, se trasladó a Lima. Ingresó a la Escuela de Clases del Ejército en 1889 y continuó sus estudios en la antigua Escuela Militar, obteniendo el grado de subteniente.

El 10 de febrero de 1898, al iniciar su labor la Escuela Militar de Aplicación, organizada por la primera misión francesa, encontramos al teniente Ponce Brousset como segundo jefe de los oficiales alumnos de infantería; estando comandada la División de Infantería por el teniente coronel Claudio Perrot (francés) y siendo el jefe de los oficiales alumnos el sargento mayor Benjamín Puente Urrunaga.⁴

1 Editor de la revista.

2 Esta biografía ha sido tomada, en parte, del tomo III de La Justicia Militar en la Historia del Perú, de BRAVO MAXDEO, Roosevelt, publicado por el Fuero Militar Policial, 2019, páginas 439 a 441.

3 MINISTERIO DE GUERRA. Escalafón General del personal de oficiales del Ejército, situación de retiro, N° 77, 1961. Pág. 11.

4 Monografía histórica redactada por disposición del director de la Escuela Militar de Chorrillos, coronel Roberto López; Imprenta de la Escuela Militar, 1932, pág. 26.

Ascendido a capitán en 1899, se le nombró comandante de la Compañía de Zapadores de la Escuela Militar de Aplicación. En 1903 fue nombrado director de la Escuela de Tiro; asistió a la Escuela Superior de Guerra (1905 – 1907) con el grado de mayor y luego de graduarse como oficial de estado mayor, viajó a Europa para integrarse al ejército francés. Ascendió al grado de teniente coronel en febrero de 1908, sirvió en el Regimiento de Cazadores Alpinos, acantonado en la alta Saboya.⁵

De vuelta al Perú, en 1909 comandó el Batallón de Infantería N° 11, acantonado en el Callao, Batallón que marchó al norte en 1910, durante el conflicto con Ecuador, de ese año. Entre 1914 y 1915 asumió la dirección de la Escuela Superior de Guerra, luego que los oficiales de la misión francesa retornaran a Europa a raíz de la primera guerra mundial.⁶ En 1916 sirvió como agregado militar a la legación peruana en Bolivia, ascendiendo al grado de coronel el 28 de octubre de ese año, mediante Resolución Legislativa N° 2305, de 25 de octubre. Fue nombrado jefe de Estado Mayor del Ejército en 1917, cargo al que renunció el 26 de junio de 1918, al igual que el ministro de Guerra de entonces, coronel César de la Fuente, tras la agresión de un grupo de oficiales, encabezados por el teniente José Vásquez Benavides,⁷ al periodista José Carlos Mariátegui, pasando a desempeñar un cargo administrativo en el Ministerio de Guerra (1918 – 1919) y luego a la Dirección General de Tiro Nacional entre 1919 y 1931.⁸ Fue ascendido a general de brigada el 17 de enero de 1929, mediante Resolución Legislativa N° 6461, de 15 de enero de 1929.

El 25 de agosto de 1930 renunció a la presidencia de la República Augusto Bernardino Leguía, tras la sublevación del teniente coronel Luis Miguel Sánchez Cerro en Arequipa. La guarnición de Lima constituyó una Junta Militar de Gobierno, que presidió el general Manuel María Ponce y la conformaron el coronel Eulogio Castillo (Gobierno), el

5 TAURO DEL PINO, Alberto. Enciclopedia Ilustrada del Perú, 3ra. Edición, PEISA, 2001, Lima – Perú, Pág. 2101.

6 MILLA BATRES, Carlos. Diccionario Histórico y Biográfico del Perú, siglos XV- XX, tomo VII, páginas 249 y 250.

7 Oficial de caballería que llegó al grado de general de brigada y pasó a la situación de retiro el 4 de octubre de 1953.

8 TAURO DEL PINO, Alberto. Ob. Cit.

capitán de navío Julio B. Goicochea (Relaciones Exteriores), el teniente coronel Arturo Zapata Vélez (Justicia, Culto e Instrucción), el coronel Ricardo E. Llona (Hacienda), el mayor Eduardo Castro Ríos (Fomento) y el contralmirante César Bielich (Marina y Aviación).⁹ Esta Junta fue disuelta y se instaló otra, presidida por Sánchez Cerro, el 27 de agosto del mismo año, de forma que el general Ponce Brousset permaneció en el cargo solo dos días.

Fue presidente del Consejo de Oficiales Generales entre 1931 y 1939; según Tauro del Pino entre 1931 y 1944. En el Escalafón del Ejército de 1961¹⁰ se refiere que pasó a la situación de retiro, por límite de edad en el grado, el 5 de abril de 1938.¹¹ Estuvo casado con Felicitas Arenas Salas, con quien tuvo tres hijos: René Fernando, Humberto Tomás y Jorge Alejandro. Falleció en Lima el 18 de julio de 1966, a los 92 años.¹²

9 BASADRE GROHMANN, Jorge. Historia de la República del Perú (1822 – 1933), El Comercio, tomo 14, Pág. 294.

10 MINISTERIO DE GUERRA. Escalafón General del personal de oficiales del Ejército, situación de retiro, N° 77, 1961.

11 En el retrato del general Ponce que se halla en la galería de presidentes del Fuero Militar Policial, se indica que presidió el Consejo de Oficiales Generales entre 1931 y 1939, lo cual es posible, porque la Ley N° 2118, de 26 de marzo de 1915, Ley de Situación Militar, en su artículo 53°, permitía que los vocales del Consejo de Oficiales Generales podían seguir sirviendo en la administración de justicia, luego de cumplir su límite de edad en el grado, incluso hasta llegar a la edad en la que los jueces de la jurisdicción común se jubilaban. En marzo de 1940 se hizo cargo de la presidencia del Consejo el general de brigada César Augusto de la Fuente Álvarez, por tanto, la información de Tauro Del Pino sobre el término de la presidencia del general Ponce, esta errada.

12 <https://gw.geneanet.org/antonioalvistur?lang=es&n=ponce+brousset&oc=0&p=presidente+manuel+maria>.



Retrato del general de brigada Manuel María Ponce Brousset, tomado del libro Historia de la República del Perú (1822 - 1933), de Jorge Basadre Grohmann. Edición de El Comercio.

■ ANEXOS

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL
TENIENTE CORONEL ALEJANDRO
ROOSEVELT BRAVO MAXDEO, EN LA
CEREMONIA DE CELEBRACIÓN POR LOS
CIENTO VEINTIUN AÑOS DE LA JUSTICIA
MILITAR DEL PERÚ¹

SEÑOR GENERAL DE DIVISIÓN CARLOS TAFUR GANOZA,
PRESIDENTE DE LA BENEMÉRITA SOCIEDAD FUNDADORES DE
LA INDEPENDENCIA, VENCEDORES EL 2 DE MAYO DE 1866 Y
DEFENSORES CALIFICADOS DE LA PATRIA.

SEÑOR CONTRALMIRANTE JULIO ENRIQUE PACHECO GAIGE,
PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL.

SEÑORES OFICIALES GENERALES Y ALMIRANTES, OFICIALES
SUPERIORES Y SUBALTERNOS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA
POLICÍA NACIONAL.

ALTAS AUTORIDADES, ILUSTRES MIEMBROS DE ESTA SOCIEDAD
PATRIÓTICA, DAMAS Y CABALLEROS.

CABALLEROS CADETES.

Agradezco al señor general de división Carlos Tafur Ganoza por su invitación para dirigirles estas palabras, con ocasión de celebrarse el 20 de diciembre de este año, 121 años de la creación de la jurisdicción castrense, que hoy conocemos como Fuero Militar Policial. La fecha

1 La ceremonia se llevó a cabo el 17 de diciembre de 2019, en los ambientes de la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia, Vencedores el 2 de mayo de 1866 y Defensores Calificados de la Patria.

está relacionada con la promulgación del primer Código de Justicia Militar en el Perú, hecho ocurrido el 20 de diciembre de 1898, durante el segundo gobierno de Nicolás de Piérola y Villena. Desde entonces, la jurisdicción de guerra ha recorrido un largo camino, lleno de dificultades, pero también de participación trascendente en la historia de nuestra patria.

Para comprender los alcances de esta jurisdicción, su desarrollo, hasta donde llegan sus raíces y en qué situación se encuentra hoy entre nosotros, debemos resaltar algunos hitos de su historia, en tanto nos permita el tiempo propuesto.

I. LA JUSTICIA MILITAR EN LA ANTIGÜEDAD

El descubrimiento de la agricultura y la domesticación de animales fijaron al hombre sobre el terreno, se abrió paso el sedentarismo, surgió la propiedad privada y el interés de los grupos humanos por preservar un espacio geográfico delimitado, que, al ser hollado, dio lugar al conflicto armado, encabezado por el “líder” más fuerte, más sabio o el más apto.

Al establecerse sociedades humanas más complejas, reinos o estados-nación, con intereses diversos, el conflicto armado se “internacionaliza” y surge con ello la necesidad de mantener temporalmente ejércitos, mandados por el rey en persona, como en Egipto, por un capitán general designado para el efecto, por uno o varios estrategos en la Grecia antigua, por el cónsul o el tribuno militar en Roma, etc., a quienes también les corresponde mantener en estas fuerzas la disciplina, surgiendo así la “Justicia Militar”, en términos generales, sin referencia a una codificación en particular o a la existencia de un fuero privativo o una jurisdicción militar, pero significativamente draconiana.

La primera referencia escrita que se tiene sobre “Justicia Militar” se encuentra en el Código de Hammurabi, “promulgado” en 1760 antes de Cristo, en la antigua Mesopotamia, de cuyas 282 leyes que lo integran, por lo menos 16 de ellas, de la 26 a la 41, están referidas a la milicia, al castrum, a la disciplina, a la preservación de los bienes patrimoniales de los oficiales o soldados mientras combatían o a los beneficios que debían recibir tras su participación en la guerra. Como ejemplo, citaré el texto de una de esas leyes:

Ley N° 26: “Si un oficial o soldado que recibió orden de marchar en una expedición oficial, no marchó, aunque hubiese enviado un

mercenario y éste hubiera ido, este oficial o soldado recibirá la muerte y su reemplazante tomará su casa.”

Esta “Justicia Militar” draconiana, se hace también evidente entre los egipcios; por ejemplo, tras la batalla de Qadesh, en mayo de 1247 antes de Cristo, el faraón Ramsés II llevó a cabo el primer antecedente histórico del castigo que más tarde los romanos llamarían “decimatio”, con parte de sus tropas que habían demostrado cobardía.

Contando de diez en diez a sus soldados, ejecutó a cada décimo hombre para escarmiento y ejemplo de los demás. El “Poema” que describe la escena dice: *“Mi Majestad se puso ante ellos, los conté y los maté uno a uno, frente a mis caballos se derrumbaron y quedaron cada uno donde había caído, ahogándose en su propia sangre...”*

Entre los griegos y los romanos hay numerosos ejemplos de cómo se castigaba a los integrantes de la milicia. Convengamos entonces, que siendo la disciplina tan esencial para los ejércitos, que han existido desde muy antiguo, es correcto decir que en todo tiempo se han dado normas para su gobierno y por lo menos, desde los romanos, se designaron jueces para juzgar soldados; igualmente, la potestad de la disciplina pasó del prefecto del Pretorio al *magister militum*, que podemos reconocer con nombres diversos: patrón de soldados, mariscal de campo, generalísimo o capitán general.

De esas disposiciones y su desarrollo posterior, surgirá el concepto básico de la corriente del disciplinarismo en la Justicia Militar: “Quién manda juzga” y su condición de “Fuero Privativo”.

II. LA JUSTICIA MILITAR EN LAS ORDENANZAS MILITARES ESPAÑOLAS

Durante la época feudal, fue la nobleza la que poseyó la fuerza militar y con ella un poder determinante. Si bien durante la guerra el rey mandaba el ejército como “Comandante en Jefe”, estas tropas, formadas comúnmente por vasallos, concurrían normalmente a la batalla al mando del señor feudal, quién los armaba, pertrechaba y mantenía su disciplina, con reglas que él mismo dictaba y se retiraban de la contienda cuando su señor lo ordenaba. El rey pagaba estos servicios concediéndoles tierras, hidalguías y nobleza, escudos de armas y blasones, que eran tenidos en gran estima.

En la España del siglo XV, los Reyes Católicos, para no depender del arbitrio de los nobles, empezaron a levantar tropas y mantener un pequeño ejército. La existencia de un ejército permanente, impulsó la necesidad de reglarlas a través de ordenanzas, tanto en lo orgánico como en lo táctico y disciplinario, aspecto este último que tenía relación con el Fuero o “jurisdicción” militar.

En esa larga lista de ordenanzas relacionadas con la Justicia Militar, resalta, en principio, una de mayo de 1587, a la que se nombra generalmente como “las primeras de Flandes”, que expidió el serenísimo Alejandro Farnesio, duque de Parma y Plasencia, gobernador y capitán general de los estados de Flandes, conocido también como “*el rayo de la guerra*”. A las ordenanzas de Farnesio debemos, por ejemplo, la aparición de la figura del “Auditor de Guerra”, un letrado que aconsejaba al capitán general sobre el buen gobierno de la disciplina en el ejército.

El Fuero para los militares, en su tiempo, fue confirmado por los sucesivos reyes de España. Durante el reinado de Felipe V, el 18 de diciembre de 1701, se expidió una Real Ordenanza en la cual no solo se confirmaba la jurisdicción militar para los soldados, tanto en las causas civiles como criminales, sino que concedió a todos los tercios de los regimientos del ejército el Consejo de Guerra para juzgar y castigar los crímenes que antes correspondían al superintendente de la justicia militar. La potestad que recaía en una sola persona paso a depender de un colegiado, de un Consejo de Guerra, antecedente primario de los tribunales militares de nuestro tiempo.

De todas las ordenanzas que se dictaron durante el virreinato peruano, sin duda, sobresale la muy famosa ordenanza que expidió Carlos III para el ejército en San Lorenzo, el 22 de octubre de 1768, donde se detallan las facultades que alcanzaban a los capitanes generales, los gobernadores de una plaza o comandantes de las armas, los auditores, la facultad de los Consejos particulares de los regimientos, los procedimientos a seguir para las apelaciones ante el Supremo Consejo de Guerra, etc.

Decimos muy famosa ordenanza a la expedida por Carlos III, porque se mantuvo vigente, sin alteraciones sustanciales, durante casi todo el siglo XIX, en las nacientes repúblicas americanas de habla hispana; en el Perú por ejemplo, con cambios puntuales, hasta la dación del primer Código de Justicia Militar en 1898.

Como dato llamativo, podemos citar que en el proceso seguido en 1867 contra el entonces capitán de fragata Miguel María Grau Seminario y otros 34 miembros de la Marina, por los presuntos delitos de traición a la Patria, insubordinación y desertión, de los que fueron absueltos todos, el Consejo de Guerra de Oficiales Generales aplicó al caso las Ordenanzas Militares de Carlos III, 45 años después de nuestra independencia de España.

III. ALCANCES HISTÓRICOS DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ HASTA LA PROMULGACIÓN DEL PRIMER CÓDIGO SOBRE LA MATERIA

Varios cronistas han insistido que el alto nivel de civilización que los conquistadores españoles encontraron en América del Sur había sido creado y desarrollado por los incas. Estas versiones son hoy discutidas, puesto que culturas como la Mochica, Chimú, Lambayeque, etc., alcanzaron niveles altos de desarrollo, mantuvieron verdaderos ejércitos organizados, amurallaron sus ciudades, desarrollaron armas defensivas y ofensivas, aplicaron la guerra psicológica, etc., no solo para defender sus sementeras o fuentes de agua, sino para ensanchar sus dominios, hacer prisioneros a sus enemigos y utilizarlos, por ejemplo, como mano de obra en la extracción del guano de las islas aledañas, tan útil para la agricultura. De cómo se manejó la disciplina de esos ejércitos es algo que no sabemos con certeza. Presumimos, sin embargo, que la traición, la cobardía y la desertión, debieron ser duramente castigadas.

Respecto de los incas, nuestros conocimientos sobre las cuestiones militares son más abundantes. Los incas, particularmente desde Pachacútec, emprendieron grandes conquistas y expandieron su territorio considerablemente, tanto que a la llegada de los españoles el imperio abarcaba gran parte de lo que es hoy América del Sur. Esta empresa requirió de la movilización de grandes ejércitos, la construcción de caminos, puentes, tambos y el despliegue de una logística considerable y naturalmente, en nuestro concepto, de medios para mantener en esas fuerzas el orden y la disciplina, tan esenciales a los ejércitos de todos los tiempos.

En cuanto a los “delitos militares”, su forma de castigarlos y a quién o quienes correspondía tal función, la información que poseemos no es uniforme, pero presumimos que los delitos de rebelión, traición y

deserción eran duramente castigados. Es posible, que muchos actos de indisciplina militar, y particularmente los de cobardía, fueran reprimidos en los mismos campos de batalla o inmediatamente después de la brega, por los capitanes al mando.

Durante el virreinato, la justicia militar tiene asidero en las ordenanzas españolas y en algunas leyes de indias, que fijaban los delitos y las faltas y organizaban los tribunales de juzgamiento.

Durante la república, las Ordenanzas de Carlos III de 1768, con derogaciones parciales, como se tiene dicho, se mantuvieron vigentes básicamente hasta 1898 en que se promulgó el primer Código de Justicia Militar. El 12 de febrero de 1821, el general José de San Martín, promulgó un Reglamento Provisional, en cuyo párrafo 18 se estableció: *“Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados... quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, o abrogados por autoridad competente”*. El propio San Martín, por decreto de 8 de octubre de 1821, dispuso que *“en los juicios criminales que se siguiesen en contra de extranjeros que se hallaban al servicio de la marina del Perú, siempre que no fuesen españoles, se observaría el método judicial, y se aplicarían las penas que prescribían los artículos de guerra, que regían en la marina inglesa”* y los naturales de cualquiera de los Estados o provincias que antes componían la América, que se denominaba española, como también los individuos de la península que quisieran entrar al servicio de la marina del Estado, serían juzgados por la ordenanza naval de 1802, etc.

El primer Congreso Constituyente, la Suprema Junta Gubernativa del Perú, el Protector Simón Bolívar, etc., dictaron muchas otras normas para fijar delitos, jurisdicciones, indultos y amnistías en el ámbito militar, dada la circunstancia especial que se vivía a raíz de las luchas de liberación del dominio español y con posterioridad otras muchas normas más que ya sería oneroso citar.

Mención especial merece el tratamiento dado a la jurisdicción militar en la constitución histórica del Perú; así se le hizo referencia en las constituciones de 1823, 1828 y en la de 1834, en la que se relievó especialmente sus alcances al establecerse en su Art. 110º, dentro del título referido al Poder Judicial: *“Habrá también un Consejo Supremo de Guerra, compuesto por Vocales y un Fiscal nombrados por el Congreso. Asimismo, tribunales especiales, el número de sus Vocales, y sus respectivas atribuciones serán fijadas por ley...”*

Esta mención a la jurisdicción militar, de formas distintas, se extendió también en las constituciones de 1839, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993; y en estas dos últimas, con particular singularidad, al hacerse referencia al delito de función.

IV. PROMULGACIÓN DEL PRIMER CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

El 20 de diciembre de 1898, el presidente de la República, Nicolás de Piérola, promulgó el primer Código de Justicia Militar. El proyecto de código fue formulado con el concurso de tres oficiales y dos juristas notables de la época: el coronel Julio Jiménez, el teniente coronel Eduardo Dogny de Lusan (francés) y los doctores Miguel Antonio de la Lama Urriola y Alfredo Gastón Ugalde, bajo la presidencia del coronel Pablo Clement, quien encabezó la primera misión francesa para la reorganización del Ejército peruano. En ese contexto, se promulgaron también las primeras leyes sobre Servicio Militar Obligatorio, Organización del Ejército y los reglamentos y manuales militares.

Ese código creó el Consejo Supremo de Guerra y Marina, como máxima instancia de la jurisdicción de guerra, integrado por nueve miembros: 4 generales o coroneles del Ejército; 2 contralmirantes o capitanes de navío de la Armada y 3 vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República. El código, en opinión de muchos, no obstante, su amplia competencia para juzgar a civiles, puso límite a los abusos que el subalterno sufría en los institutos castrenses e hizo que la Justicia Militar se hiciera más predecible. La competencia estaba marcada por razón del delito; es decir, por las figuras típicas contempladas en el código; por razón del lugar, cayendo el juzgamiento en la Justicia Militar de todos los delitos que se cometieran, por cualquiera, dentro de una instalación militar; y por razón del estado de guerra, contra cualquier persona que cometiese un delito previsto en el Código de Justicia Militar en tiempo de conflicto armado. El código contemplaba, en un solo texto, la organización de la jurisdicción de guerra, la parte general, la parte especial (tipificación de los delitos), el procedimiento penal militar y la ejecución penal.

El Consejo Supremo de Guerra y Marina se instaló en el marco de una imponente ceremonia, a la que asistieron el presidente de la República, ministros de Estado, miembros del Poder Judicial y otras altas autoridades. El acto ocurrió en el antiguo local del Poder Judicial de la calle

de la Aduana, hoy quinta cuadra del jirón Miró Quesada, en el centro de Lima, el 23 de marzo de 1899, en horas de la tarde, presidiendo el Consejo, por primera vez, el doctor Simón Gregorio Paredes, vocal de la Corte Suprema más antiguo, a falta de un general de división como disponía el propio Código.

Desde entonces y el 31 de octubre de 1906, fecha en que este alto organismo jurisdiccional cambió de nombre y de composición, catorce vocales de la Corte Suprema de la República integraron el Consejo; de ellos, cinco presidieron la Corte Suprema en su tiempo: Ricardo León Ignacio Ortiz de Zevallos y Tagle, Ramón Ribeyro Álvarez del Villar, Carlos Eráusquin Valdiviezo, Luís Felipe Villarán Angulo y Francisco José Eguiguren Escudero. Los militares y marinos que integraron la Justicia Militar en ese tiempo, eran todos combatientes que habían dado su cuota de sudor y sangre durante la guerra con Chile: los generales de brigada Juan Martín Echenique e Isaac Recavarren, los coroneles Bruno Morales Bermúdez y Miguel Valle Riestra y los capitanes de navío Francisco Sanz y Camilo Carrillo.

En 1906, el presidente de la Corte Suprema de la República, doctor Alberto Elmore, presentó al Congreso tres proyectos de ley para modificar el Código de Justicia Militar; dos de esos proyectos se hicieron leyes en octubre de dicho año, de forma que dejó de funcionar el Consejo Supremo de Guerra y Marina, siendo reemplazado por el Consejo de Oficiales Generales, integrado solo por oficiales del Ejército y de la Armada, de la más alta clase militar, sometiéndose las decisiones jurisdiccionales de estos ante la Corte Suprema de la República, a través de un “Recurso de Nulidad”, especie de revisión judicial de tercera instancia. En 1917 se haría ley el tercer proyecto, que limitó radicalmente el ejercicio jurisdiccional castrense, a lo que hoy llamaríamos delito de función.

En estos años aurorales, sirvieron en la jurisdicción de guerra, muchos héroes de la patria; citaremos como ejemplo a algunos: general de división César Canevaro Valega, los contralmirantes Lizardo Montero Flores, Manuel Villavisencio Freyre y Manuel Melitón Carvajal Ambulódegui, los generales de brigada Belisario Suárez Vargas, Justiniano Borgoño Castañeda y Juan Norberto Eléspuru Lasso de la Vega, entre otros.

De otro lado, sirvieron en la jurisdicción de guerra, en distintos momentos de su historia, varios personajes que ejercieron la primera

magistratura de la patria: Lizardo Montero Flores, Justiniano Borgoño Castañeda, Oscar Benavides Larrea, Miguel Sánchez Cerro, Manuel María Ponce Brousset, Ricardo Leoncio Elías Arias, quien fue Fiscal General del Consejo de Oficiales Generales entre 1917 y 1923 y más adelante, presidente de la Corte Suprema; incluso, sirvió en esta jurisdicción, Manuel Arturo Odría Amoretti, cuando aún era oficial subalterno, como secretario en Huancayo.

V. LOS CÓDIGOS DE JUSTICIA MILITAR QUE SE PROMULGARON EN EL PERÚ

El código de 1898 se mantuvo vigente, con varios cambios importantes, hasta 1939 en que entró en vigencia un segundo código, el mismo que mantuvo los cambios introducidos en el código anterior, tipificó de mejor manera los delitos y simplificó el engorroso sistema de penas de su antecesor, pero no introdujo los cambios que se necesitaban para dotar al sistema de eficiencia, continuidad y de personal capacitado.

En 1950 se promulgó el tercer Código de Justicia Militar, organizando la jurisdicción militar en Consejos de Guerra Permanentes y Zonas Judiciales, con el concurso de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, que fue creado. Los puestos de auditores de guerra, fiscales, relatores, secretarios, y defensores de oficio, fueron cubiertos por personal letrado, con grado militar.

Este código sentó las bases de la futura organización de la jurisdicción de guerra, que se repitió en la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1963, la primera de su especie, separada del Código. Esta norma creó el Consejo Supremo de Justicia Militar, como organismo máximo de la jurisdicción castrense, cuyas decisiones jurisdiccionales generaban ejecutoria, desapareciendo el recurso de nulidad. En cuanto al código, promulgado en igual fecha, si bien mantuvo las mismas reglas de competencia de su antecesor, varias figuras típicas fueron introducidas en la parte especial, con el propósito de combatir los brotes revolucionarios que se insinuaban, tanto en el Perú como en América, a semejanza de la llamada “Revolución Cubana”; igualmente, se buscó limitar el uso y fabricación de explosivos y armas de guerra, entre otros. Resultó significativo en este código la introducción de la figura típica del delito “Contra el deber y dignidad de la función”, que estaba sancionado, como ningún otro delito, con pena privativa de la libertad, inhabilitación y multa. Se configuraba al exigir o recibir dádivas,

en dinero o especies, para dejar de cumplir obligaciones funcionales, conducta en el que incurrieran, generalmente, policías de tránsito. Lima había crecido con la migración y el parque automotor con las mejoras económicas de la época.

En 1979, un Congreso Constituyente nos dio una nueva Constitución, en la que se dispuso por vez primera, en una norma de rango constitucional, que la Justicia Militar solo podía juzgar a militares y policías por delitos de función y de ninguna manera a civiles. Dentro de ese contexto, en julio de 1980 se promulgó una nueva Ley Orgánica y un nuevo Código de Justicia Militar, que no definió qué se entendía por delito de función, generándose un vacío interpretativo que hizo que las contendas de competencia entre la jurisdicción militar y la común no tuvieran parámetros uniformes. Se mantuvo la estructura de la organización militar y el código fue una copia casi textual del de 1963.

En 2006, se promulgaría un nuevo Código de Justicia Militar, que tendría una existencia efímera, siendo reemplazado por el vigente Código Penal Militar Policial de 2010.

VI. JUZGAMIENTO EN LA JUSTICIA MILITAR A TERRORISTAS Y A INTEGRANTES DE BANDAS CRIMINALES ORGANIZADAS

En el mes de mayo de 1980 comenzaron en el Perú las acciones armadas de “Sendero Luminoso” (SL) y años después, las incursiones del llamado Movimiento Revolucionario “Túpac Amaru” (MRTA). Estas dos agrupaciones terroristas sumieron al país en el caos, la violencia generalizada, destruyeron infraestructura importante y asesinaron, uno más que el otro, a miles de personas.

El 5 de mayo de 1992, el gobierno promulgó el Decreto – Ley N°. 25475 (Ley antiterrorista) y el 13 de agosto de ese mismo año, el Decreto – Ley N°. 25659 (Ley de creación del delito de Traición a la Patria), cuando la escalada terrorista había llegado a niveles alarmantes. Esta última ley habilitó la competencia de la Justicia Militar para la investigación y juzgamiento de civiles por el delito de Traición a la Patria, que estaba referido a algunas figuras agravadas del delito de terrorismo. En ese contexto, la opinión pública estaba significativamente a favor de que la Justicia Militar juzgue a los perpetradores de ese delito, siendo notorio, además, que la jurisdicción común no tenía una respuesta efectiva a este grave problema legal.

En resumen, la respuesta de la Justicia Militar fue efectiva y la mayoría de los líderes terroristas, tanto de “Sendero Luminoso” como del “Movimiento Revolucionario Túpac Amaru”, fueron condenados y encarcelados, entre ellos, sus líderes máximos: Abimael Guzmán Reynoso y Víctor Polay Campos. Con estos hechos, la pacificación nacional comenzó a vislumbrarse.

Más adelante, casi al cierre de la década, varios de estos casos fueron denunciados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; verbigracia: Castillo Petrucci vs Perú, Durand Ugarte vs Perú y Lori Bérenson vs Perú, que condenó al Perú por violación de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional peruano, que en principio avaló el juzgamiento de terroristas en la jurisdicción castrense, cambió de parecer y tomó el camino de la Corte Interamericana, declarando inconstitucionales varias normas antiterroristas y la nulidad de los procesos por Traición a la Patria. El Decreto Legislativo N° 92218 estableció los trámites de los procedimientos para la declaración de nulidad de esos casos, así como las normas aplicables a los nuevos procesos que se iniciarían ante el fuero común.

De otro lado, el 23 de mayo de 1998, en virtud de una delegación legislativa del Congreso, el Poder Ejecutivo expidió, entre otras normas, el Decreto Legislativo N° 895, Ley contra el llamado “Terrorismo Agravado”, que contemplaba figuras propias de la criminalidad organizada violenta. La Justicia Militar tenía competencia para juzgar a los integrantes de las bandas criminales organizadas, que armados con fusiles de guerra, granadas y material semejante, secuestraban a personas, asaltaban bancos, etc., creando zozobra y temor en la población. La Justicia Militar resolvió el problema con rapidez que, extrañamente, no causó reclamos acalorados por parte de los defensores de DDHH, como ocurrió con los miembros de “Sendero Luminoso” y el MRTA.

VII. UNA DÉCADA PROBLEMÁTICA PARA LA JUSTICIA MILITAR

La década del 2000 – 2009 fue para la jurisdicción militar peruana más que problemática, ya que, en esos años, se jugó su subsistencia. El juzgamiento de terroristas en el ámbito judicial castrense marcó el derrotero de su futuro. Organismos no gubernamentales, valiéndose de instituciones legitimadas para obrar, como la Defensoría del Pueblo y los colegios de Abogados de Lima y Lambayeque, demandaron ante

el Tribunal Constitucional, reiteradamente, la inconstitucionalidad de las normas de la Justicia Militar. Valga decir que, a diciembre de 2009, se habían emitido, por lo menos, siete pronunciamientos contra la jurisdicción militar.

VIII. SITUACIÓN ACTUAL DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ

El 25 de diciembre de 2009, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los alcances de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (Sentencia recaída en el Exp. N°, 00001-2009-PI/TC), que cambió rotundamente las decisiones anteriores del Tribunal sobre la Justicia Militar. La sentencia consideró que el presidente de la República podía designar a los vocales y fiscales supremos; debía existir una fiscalía independiente de la común en la jurisdicción militar; los jueces y fiscales de la jurisdicción militar no eran nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura; los oficiales en actividad si podían ejercer funciones de jueces y fiscales, a condición de que fueran abogados, miembros del Cuerpo Jurídico Militar Policial, entre otras precisiones.

A partir de esa decisión del Tribunal Constitucional, se introdujeron cambios en la organización del Fuero Militar Policial, que respetan principios esenciales de la administración de justicia; así, el Fuero Militar Policial es “un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial” (Art. I); “constituye una jurisdicción excepcional e independiente del Poder Judicial” (Art. 139.1 de la Constitución) y en el “ejercicio de sus funciones y atribuciones se sujeta a los principios y garantías de la función jurisdiccional y al pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona humana” (Art. II); “no alcanza a ciudadanos civiles” (Art. IV) y juzga únicamente a militares y policías en situación de actividad, por delitos de función (Art. III); se prohíbe la dependencia o subordinación en el ejercicio de la función (Art. VI), entre otros fundamentos. La máxima instancia de la jurisdicción militar policial, Sala Suprema Revisora, está integrada por oficiales generales y almirantes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, en situación militar de retiro.

De otro lado, en el marco de este resurgimiento de la Justicia Militar, se promulgó en setiembre de 2010, el Código Penal Militar Policial, mediante el Decreto Legislativo N° 1094, que define, entre otras cosas,

el delito de función, tema central de la competencia de la Justicia Militar en el Perú, poco entendido y muy controvertido hasta hace poco. El Artículo II del Título Preliminar trata sobre el delito de función, el mismo que tiene una triple identidad:

- (i) El agente activo del delito de función es siempre un efectivo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, en situación de actividad;
- (ii) El delito de función debe ser cometido en acto de servicio o con ocasión de él; y,
- (iii) El delito de función, sea por comisión u omisión, está dirigido a proteger bienes jurídicos vinculados con el que hacer de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, más precisamente, con su existencia, organización, operatividad o cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales.

El Código Penal Militar Policial vigente tiene también una particularidad excluyente, contiene un proceso acusatorio con pleno respeto a los principios procesales, como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, la pluralidad de instancias, la inmediación del juez, la oralidad, la contradicción, la celeridad, la distinción clara de los papeles de acusador y juzgador, entre otros parámetros, acordes con la Convención Americana sobre DDHH, para no citar otras normas o convenciones.

De otro lado, en cuanto a la organización de la jurisdicción militar actual, debemos decir que se han establecido, en el ámbito de la República, cinco Tribunales Superiores Militares Policiales, para juzgar a militares y policías hasta el grado de teniente coronel o equivalentes, integrados, indistintamente, por oficiales del Ejército, la Marina de Guerra, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional, dado que el Código no hace distinciones en los procedimientos de investigación o juzgamiento, habiéndose organizado a nivel nacional 29 juzgados e igual número de fiscalías.

Obedeció esta decisión, entre otras razones, a la carga procesal existente y a la disponibilidad de personal letrado para ejercer los cargos de jueces, fiscales, relatores y secretarios, entre otros. Para el procesamiento de coroneles y generales o grados equivalentes, existe en la sede central de Fuero Militar Policial instancias supremas judiciales y las fiscalías necesarias.

IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A lo largo de 121 años, la Justicia Militar en el Perú ha pasado por momentos difíciles, pero también ha sido actor distinguido de la historia. Integraron sus filas, como ya dijimos, muchos héroes de las guerras patrias y, cada quien, en su momento, contribuyó a su engrandecimiento. Nuestro profundo respeto y admiración a todas las personas que han trabajado por el fortalecimiento de la Justicia Militar, cuya misión, en concreto, es velar por la disciplina y el correcto desempeño de militares y policías en el ejercicio de sus funciones y que integrados en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional, cumplen las obligaciones constitucionales de velar por la integridad y soberanía del Perú y el control de su orden interno, en pro de una convivencia pacífica, entre otras atribuciones.

Después del año 2010, con las nuevas normas en vigor y la puesta en vigencia del proceso acusatorio, se respiran nuevos aires. La capacitación de los magistrados ha tomado preponderancia, por tanto, el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar ha sido potenciado. Se edita una revista especializada: “El Jurista del Fuero Militar Policial”, que ha llegado ya a catorce números; se viene rescatando, a través de la colección “La Justicia Militar en la Historia del Perú”, la participación de la Justicia Militar en todo tiempo, habiéndose presentado en mayo de este año el tercer tomo, previéndose, que, en igual mes, del año que se aproxima, esté viendo la luz el tomo IV.

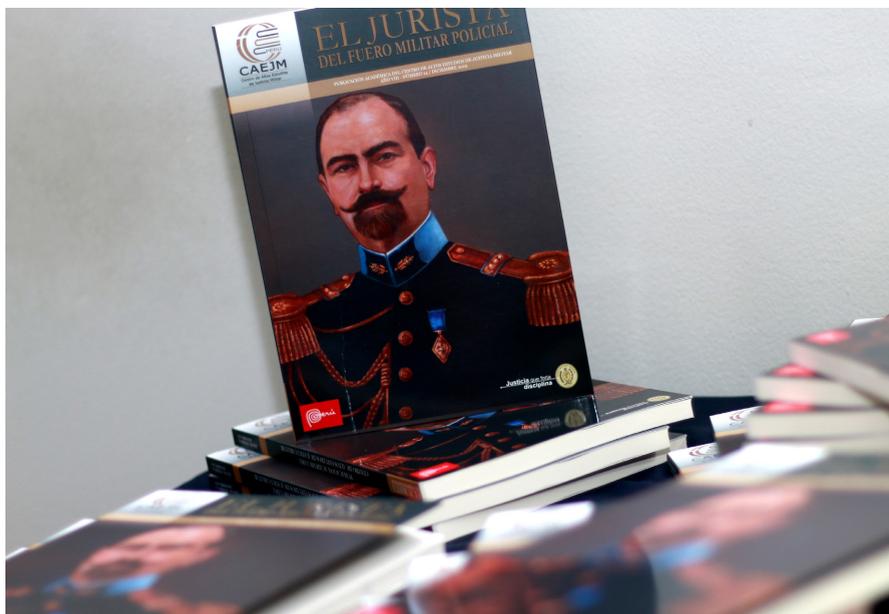
En el ámbito internacional, la Justicia Militar del Perú ha tomado posición expectante, llevando adelante congresos, publicando libros y haciendo conocer su trabajo.

Como no hay mal que dure cien años ni institución que lo resista, diríamos que a partir de 2010, la Justicia Militar en el Perú se ha posicionado debidamente y en el mediano plazo, pareciera que no habrá nubarrones que se ciernan sobre su quehacer. Mientras tanto, ciento veintiún años de existencia no son pocos. ¡CAMINANTE NO HAY CAMINO, CAMINO SE HACE AL ANDAR!

Gracias.

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL” N° 14

La revista “El Jurista del Fuero Militar Policial” N° 14 fue presentada el 16 de diciembre de 2019, en la sala de audiencias del Fuero Militar Policial. Estuvieron en la mesa de honor, el contralmirante Julio Enrique Pacheco Gaige, presidente del Fuero Militar Policial; el contralmirante Carlos Schiaffino Cherre, director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar y los presentadores, doctores José Gálvez Montero y Ernesto Jorge Blume Rocha, colaboradores de la revista.



En la carátula de la revista aparece el retrato del coronel EP César Gonzales Navarrete, presidente del Consejo de Oficiales Generales entre el 15 de setiembre y el 31 de diciembre de 1930.



El contralmirante Julio Pacheco hace entrega de un diploma de agradecimiento al doctor José Gálvez Montero.



El contralmirante Carlos Schiaffino y el doctor Ernesto Jorge Blume Rocha, quien muestra el diploma de agradecimiento que se le concedió.



Los miembros de la mesa de honor, mostrando la revista que se presentó.



Fachada de la “Casona Ureta” en la calle San Francisco N° 210 de Arequipa, después de su restauración.

En esta casona, que es parte del casco monumental de la ciudad de Arequipa, declarado patrimonio cultural de la humanidad por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), funcionó la Corte Superior de Justicia de Arequipa, por 130 años. Después de 1988 fue sede de la Tercera Zona Judicial del Ejército y hoy funciona allí el Tribunal Superior Militar Policial del Sur. El 12 de marzo de 2020, al término de una ceremonia especial, se develó en su fachada el “Escudo Azul”, signo protector del inmueble en caso de conflictos armados o desastres naturales, por su calidad de patrimonio cultural.

Fuero Militar Policial
Av. República de Chile 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

