

## **EXPOSICION DE MOTIVOS**

### **CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL**

#### **I. ANTECEDENTES**

##### **1. LA JUSTICIA MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA DEL PERÚ**

La justicia militar es una institución que goza de reconocimiento en la Constitución Histórica nacional. Así por ejemplo, la Carta Magna de 1823 estableció que "todas las leyes anteriores a esta Constitución, (...) quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos Civil, Criminal, Militar, y de Comercio" (artículo 121º).

Del mismo modo, en la Constitución de 1828 se estableció entre las atribuciones del Presidente de la República, la de proveer "a las consultas que se le haga (...) sobre las sentencias pronunciadas por los Juzgados Militares" (artículo 90º). La Constitución de 1834 dispuso que: "habrá también un Consejo Supremo de Guerra, compuesto por Vocales y un Fiscal nombrados por el Congreso" (artículo 110º).

La Constitución de 1856 precisó que "los juzgados y tribunales privativos [entiéndase Fuero Militar] e igualmente sus Códigos especiales, existirán mientras la ley haga en ellos las reformas convenientes" (artículo 139º). La Constitución de 1933 estableció que "la ley determinará la organización y las atribuciones de los Tribunales Militares" (artículo 229º).

La Constitución de 1979, en su artículo 233º, dispuso que: "no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar". Igualmente, en su artículo 282º precisó que: "los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de delitos de función están sometidos al Fuero respectivo y al Código de justicia militar".

La actual Constitución de 1993 reitera la vigencia de la jurisdicción militar en su artículo 139º, al señalar que "no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral".

Del mismo modo, esta Ley Fundamental ha delimitado el marco competencial de la jurisdicción militar en su artículo 173º, dentro del Capítulo XII referido a la Seguridad y Defensa Nacional, asignándole la finalidad exclusiva de administrar justicia penal militar policial, cuando los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional incurran en delitos de función.

## 2. CÓDIGOS DE JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ

En el desarrollo de la justicia militar son especialmente significativas las Ordenanzas de 1587, dadas en Bruselas por Alejandro Farnesio, Duque de Parma, Gobernador y Capitán General de Flandes.

Posteriormente, las Ordenanzas de Carlos III, del 22 de octubre de 1768, en cuyo Octavo Tratado se hacía referencia a la justicia militar, fueron las que mayor influencia tuvieron en América, tanto que mantuvieron su vigor hasta muy entradas las Repúblicas que surgieron al emanciparse de España. Estas ordenanzas tuvieron vigencia en el Perú hasta la dación del primer Código de Justicia Militar. En efecto, por Ley de 20 de diciembre de 1898 se aprueba el primer "Código de Justicia Militar presentado por el Poder Ejecutivo, el cual regirá treinta días después de su promulgación", creándose el Consejo Supremo de Guerra y Marina como máxima instancia, la que fue instalada solemnemente el jueves 23 de marzo de 1899 en el local del Palacio de Justicia, con presencia del Presidente de la República Nicolás de Piérola Villena.

A los pocos años de haber entrado en vigencia el primer Código de Justicia Militar, por las Leyes 272 y 273 del 27 de octubre de mil novecientos seis, el Congreso de la República derogó varios artículos de dicho Código y cambió la denominación de Consejo Supremo de Guerra y Marina por la de Consejo de Oficiales Generales, integrada exclusivamente por Oficiales Generales y a falta de éstos por Coroneles y Capitanes de Navío, rompiendo el esquema que históricamente se venía manteniendo en la Justicia Militar sobre la figura de los con-jueces civiles y militares en la organización de los tribunales militares.

El 19 de Octubre de 1939, el Presidente Oscar R. Benavides promulgó la Ley N° 8991, con vigencia "a partir del 1° de diciembre del presente año, inclusive", que es el segundo Código de Justicia Militar de nuestra historia, manteniéndose el nombre de Consejo de Oficiales Generales, como instancia máxima de la Justicia Militar y manteniendo igualmente los Consejos de Guerra Especiales, es decir, para juzgar casos determinados, quedando sin solución el retardo en la tramitación de las causas como venía ocurriendo históricamente.

Durante el gobierno del General Manuel A. Odría se promulgó un nuevo Código de Justicia Militar, por Decreto Ley 11380 de 29 de mayo de 1950, que fue ratificado por la Ley 11490 de 1° de septiembre del mismo año. En la parte considerativa del Decreto de promulgación se hace referencia que el Código de 1939 representó un notable avance en la Legislación Penal Militar, "sustituyendo con más científicos sistemas los anacrónicos de la pena tasada, procedimiento inquisitorial y criterio extremadamente objetivo del Código de 1898, (pero) dejó subsistente la inadecuada organización de los Tribunales de este último, manteniendo su carácter heterogéneo y eventual, sumamente inconveniente, según lo ha demostrado la experiencia; no organizó el Cuerpo Jurídico, ni imprimió al procedimiento el acelerado ritmo que la especial peculiaridad de la Justicia Militar exige...". En tal sentido, con este tercer Código se corrigen esas deficiencias y se crea el Cuerpo Jurídico Militar, integrado

por abogados, con grado militar y que cumplirán funciones de Auditores, Fiscales, Relatores y Secretarios Letrados y se establece que "Los Consejos de Guerra son Tribunales Permanentes, jerárquicamente subordinados al Consejo de Oficiales Generales y ejercen jurisdicción en la Zona Judicial que para cada uno determina este Código, en los asuntos que son de su competencia".

El 25 de Julio de 1963, por Decreto Ley 14612 se promulga la primera Ley Orgánica de Justicia Militar, separado del Código de Justicia Militar (Decreto Ley N° 14613). En esta Ley Orgánica, el nombre de Consejo de Oficiales Generales se cambia por el de Consejo Supremo de Justicia Militar. En cuanto al Código se precisa, que es aconsejable "introducir en el mismo diversas y necesarias reformas a fin de adecuarlo mejor a la organización actual de la Fuerza Armada y a la mayor amplitud de sus funciones, en tal sentido, es por ejemplo necesario "tipificar mejor algunos delitos y ampliar el catálogo de las infracciones previniendo las que, por razón de los cambios operados por el tiempo han surgido y atentan contra la Defensa Nacional y contra el debido cumplimiento de la misión específica que la Constitución de la República asigna a la Fuerza Armada". Respecto de las figuras típicas contenidas en el Código de 1950, la de 1963 introduce los delitos de "Ultrajes a la Nación y a sus símbolos representativos y a los Institutos Armados", "De la organización ilegal de agrupaciones armadas, de la fabricación, comercio y uso de armas y explosivos", "De los delitos de (...) sabotaje y secuestro", que responden al momento político y social que vivía el Perú y muy particularmente, a la efervescencia guerrillera en Latinoamérica, surgida tras la revolución cubana; "De la arbitrariedad punible en el ejercicio de la función" y "De los delitos contra la administración de justicia", que están marcados por notorios actos de injusticia o abuso de poder; los "Delitos contra el deber y dignidad de la función" (exigir dinero, especie, promesa, aceptar regalos o cualquier ventaja económica para hacer u omitir algo en violación de sus obligaciones); y, "Del encubrimiento", que tienen que ver con actos de corrupción en las instituciones armadas.

En 1980, a fin de adecuar la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar a la Constitución de 1979, se dan los Decretos Leyes 23201 de 19 de julio de 1980 y 23214 del 24 de julio del mismo año. En el Código de 1980, como en los códigos que lo antecedieron, la jurisdicción militar se sigue ejerciendo por razón del delito, por razón del lugar y por razón del estado de guerra, no obstante que el Artículo 282° de la Constitución de 1979 había introducido el concepto de delito de función. El aspecto más notorio, fue sin duda, la afirmación de que el Código de Justicia Militar no era aplicable a los civiles, con la salvedad hecha en el Artículo 235° de la norma constitucional.

Por Ley N° 26677, promulgada el 22 de octubre de 1996, se introdujo cambios sustanciales en la Ley Orgánica y el Código de Justicia Militar de 1980. Así en la organización de los Tribunales Militares, de los ocho Vocales que conformaban el Consejo Supremo de Justicia Militar, tres debían ser del Cuerpo Jurídico Militar (abogados), que sumados al Auditor General y Fiscal General, que también eran letrados, creaban el balance necesario de vivencia militar y derecho. Los Jueces Militares Permanentes debían ser necesariamente miembros del Cuerpo Jurídico

Militar y en los Consejos de Guerra del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Armada, así como en los Consejos Superiores de la Policía Nacional, uno de los Vocales debía ser un Oficial del Cuerpo Jurídico Militar, además del Fiscal y el Auditor que eran de dicho Cuerpo. En cuanto a los procedimientos previstos en el Código de Justicia Militar, se introdujo el "Proceso Penal Sumario", para determinados delitos, correspondiendo fallar en primera instancia a los Jueces Militares Permanentes (abogados), lo que también obligó al nombramiento de Fiscales de Juzgados, igualmente abogados, a quienes se les dio la facultad de realizar sumarias investigaciones antes de formalizar la denuncia penal, participar activamente en el proceso aportando medios probatorios y en su momento acusar y exigir el cumplimiento de la sentencia, etc.

En el año 2003 el Defensor del Pueblo interpuso ante el Tribunal Constitucional una demanda de inconstitucionalidad contra estos Decretos Leyes, siendo resuelta la referida demanda en el Expediente 0023-2003-AI/TC, donde se declaró inconstitucional diversos artículos de ambos decretos leyes.

A raíz de esta sentencia, el Congreso de la República emitió la Ley N° 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, que reemplazó al Decreto Ley N° 23201, y el Poder Ejecutivo, mediante delegación de facultades legislativas, dictó el Decreto Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar Policial, que reemplazó al Decreto Ley N° 23214.

### **3. NECESIDAD DEL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL**

En el año 2006, el Colegio de Abogados de Lima impugnó la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar Policial. El Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC, resolvió esta demanda declarando inconstitucional gran parte de los delitos de función tipificados en dicho Código.

El presente Código Penal Militar Policial constituye una sustancial mejora respecto al Decreto Legislativo N° 961, toda vez que adecua el marco normativo penal militar policial a los nuevos criterios que ha establecido el Tribunal Constitucional. Del mismo modo, guarda concordancia con la normativa, criterios y jurisprudencia establecidos al respecto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

## **II. NUEVO ENFOQUE DEL DELITO DE FUNCIÓN**

### **1. LA IMPORTANCIA DE SANCIONAR LOS DELITOS DE FUNCIÓN EN LA JURISDICCIÓN MILITAR**

La Constitución, en sus artículos 165° y 166°, asigna a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional las trascendentales funciones de garantizar la defensa, independencia, soberanía, integridad territorial, seguridad y orden interno de la República.

Para que estas funciones se cumplan en forma idónea resulta indispensable que se asegure la disciplina y el orden en estas instituciones, lo cual se logra cardinalmente con la sanción de los delitos de función; máxime, cuando el artículo 163° de nuestra Ley Fundamental dispone que la defensa y seguridad de la Nación es integral y permanente. Además, cabe señalar que nuestro país se ha caracterizado por tener un clima de violencia e inseguridad, que se agravó en los últimos 30 años por la lacra del terrorismo y actualmente por las convulsiones sociales internas, el narcoterrorismo y la carrera armamentista que se ha emprendido en la Región Sudamericana.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la sanción de los delitos de función, en la jurisdicción militar, es vital para preservar el orden y la disciplina en las fuerzas del orden y está encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares (Caso Lori Berenson vs. Perú). En la misma línea, el Tribunal Constitucional señala que la sanción de los delitos de función incide "en la seguridad del estado, el orden constitucional y la disciplina de las instituciones castrenses" (Expediente N° 00454-2006-HC/TC)

El recurso a la jurisdicción ordinaria resulta insuficiente para servir a las necesidades de la disciplina militar. Bien señala el Tribunal Supremo del Canadá que el sistema punitivo de la jurisdicción militar es incompatible con el de la jurisdicción ordinaria, debido a que las reglas de comportamiento de los militares son extrañas a la vida civil. Por ello, el recurso a los tribunales ordinarios es inadecuado para servir a las necesidades particulares de la disciplina militar. (Caso Michel Génereux contra la Reina) En similar sentido, la Corte Constitucional de Colombia señala que las reglas de comportamiento militar son incompatibles con el sistema punitivo a cargo de la jurisdicción ordinaria. (Expediente C-473/99)

Por tanto, la correcta tipificación y sanción de los delitos de función, en la jurisdicción militar, son imprescindibles para que las Fuerzas Armadas y Policía Nacional cumplan con eficiencia sus funciones de defensa y seguridad de la patria. El desarrollo idóneo de estas funciones hace posible que el Estado cumpla con su deber constitucional de "defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general" (artículo 44° de la Constitución).

## **2. EL CONCEPTO DE DELITO DE FUNCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

### **2.1. Triple identidad del delito de función**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el delito de función como toda conducta cometida por un militar en actividad, en acto de servicio, que afecta los bienes jurídicos vinculados a las funciones de las fuerzas del orden. Así pues, la Corte ha precisado al respecto que:

*"141. Es necesario señalar, como se ha hecho en otros casos, que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias.*

*142. Este Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares." (Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú)*

Es base a esta conceptualización de la Corte, el delito de función debe presentar las características siguientes:

- i. El agente activo del delito de función es 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.
- iii. El delito de función, sea por comisión u omisión, está dirigido a proteger bienes jurídicos vinculados con las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

## **2.2. Bien jurídico tutelado por el delito de función**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado, en forma clara, la naturaleza del bien jurídico tutelado por el delito de función. Así pues, este órgano jurisdiccional supranacional ha señalado, en la sentencia recaída en el Caso Radilla Pacheco vs. México emitida el 23 de noviembre de 2009, que es factible que conductas punibles de naturaleza común sean ventiladas en la jurisdicción militar, siempre que tengan relación directa y próxima con la función de las fuerzas del orden o con la afectación de bienes jurídicos castrenses. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece lo siguiente:

*"284. Al respecto, el Tribunal resalta que si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, es necesario que se establezca claramente la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar."*

Por tanto, se puede tipificar como delito de función conductas ilícitas que comprendan tanto bienes jurídicos de naturaleza exclusivamente militar o policial así como bienes jurídicos que pueden ser vulnerados indistintamente por militares o por civiles es decir, de naturaleza común, siempre que tengan relación directa y próxima con las funciones de las fuerzas del orden.

### **3. ADECUACIÓN DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL**

#### **3.1. Primer momento: El concepto de delito de función del Tribunal Constitucional y sobre la organización y funciones de la Justicia militar**

En un primer momento, entre los años 2003 a 2008, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar, Decreto Ley N° 23214, y varios artículos del Código de Justicia Militar Policial, Decreto Legislativo N° 961, sobre la base del concepto de delito de función recogido en las sentencias de control abstracto de constitucionalidad recaídas en los Expedientes N° 0017-2003-AI/TC y N° 0012-2006-AI/TC.

Asimismo, a través de las sentencias recaídas en los expedientes N° 0023-2003-AI/TC, 004-2006-PI/TC, 0006-2006-PI/TC consideró que una justicia militar policial en la que los jueces militares sean oficiales en actividad no se condice con los principios de independencia e imparcialidad judiciales

#### **3.2 Segundo momento: El Tribunal Constitucional reconoce que la Justicia Militar respeta los principios de imparcialidad e independencia judiciales y encarga al legislador una nueva regulación sobre la materia del delito de función**

Actualmente, el Fuero Militar Policial cuenta con un nuevo modelo que ha evolucionado y se adecúa a los parámetros constitucionales e internacionales. Así pues, hoy, conforme a la vigente Ley del Fuero:

- Los magistrados militares son exclusivamente Abogados Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar Policial;
- Los magistrados militares cuentan con suficientes garantías de independencia e imparcialidad;
- Está expresamente prohibido juzgar a civiles ni a militares en situación de retiro; y
- Está expresamente prohibido juzgar delitos comunes que son competencia de la jurisdicción ordinaria.

Como se puede observar, la nueva justicia militar peruana ofrece todas las garantías de independencia, imparcialidad y de respeto a los derechos humanos, y así lo ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Exp N° 001-2009-PI/TC).

Así pues, a partir del año 2009, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 0001-2009-AI/TC, del 25 de diciembre de 2009, además de confirmar la constitucionalidad de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial - Ley N° 29182, profundiza en la finalidad de la sanción del delito de función, en atención a su especial incidencia en la defensa y seguridad del país, y encarga al legislador, en virtud de la potestad de política criminal del Estado, una nueva regulación de esta materia:

"En este sentido, la competencia del fuero militar debe estar circunscrita a los delitos de función o aquellos propios e inherentes de la función militar. La delimitación de su contenido no es simple debido a que estas causales pueden variar según las necesidades y situaciones concretas. (...)"

De esta manera, el Tribunal Constitucional reconoce que la delimitación del contenido del delito de función puede variar según las necesidades y situaciones concretas.

### **3.3 Adecuación del Código Penal Militar Policial al marco jurídico del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**

El Código Penal Militar Policial contempla delitos de función estrictamente militares o policiales y delitos de función militarizados (ver *infra*), sobre la base de una concepción funcional de este tipo especial de ilícito y su conexión con la defensa y seguridad de la República, siendo su fin tutelar bienes jurídicos militares o policiales así como bienes jurídicos de naturaleza común que tengan relación directa y próxima con las funciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, de conformidad con la citada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Radilla Pacheco vs. México).

## **III. INNOVACIONES DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL**

### **1. PARTE GENERAL Y ESPECIAL PENAL**

Los cambios introducidos en el Código Penal Militar Policial obedecen a la naturaleza y fines de la Justicia Militar Policial en el marco de la Constitución Política (artículos 139º, 165º, 166º y 173º); esto es, velar que las Fuerzas Armadas y Policía Nacional cumplan con orden, disciplina y eficacia sus funciones de defensa y seguridad de la patria. Asimismo, responden al nuevo desarrollo que sobre delito de función han efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

#### **A. CONCEPTO DE DELITO DE FUNCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL**

El presente Código Penal Militar Policial, en el artículo II de su Título Preliminar, acoge la definición de delito de función (triple identidad) plasmada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional:

##### ***"Título Preliminar***

**Artículo II.-** *Son delitos de función los cometidos por un militar o policía en situación de actividad, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de él, y que atentan contra bienes jurídicos vinculados a la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional."*

Este concepto de delito de función cumple con las tres características que debe tener y con su finalidad intrínseca de tutelar de forma integral las funciones, existencia,

organización y operatividad de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Del mismo modo, constituye un límite claro y preciso del accionar de la justicia militar policial, pues excluye de su jurisdicción a los civiles, al personal militar o policial en situación de retiro y a los delitos de lesa humanidad y comunes.

## B. GARANTÍAS Y PRINCIPIOS DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

En el Título Preliminar se han mantenido los artículos pertinentes del Código de Justicia Militar Policial de 2006, Decreto Legislativo N° 961, introduciéndose otros que resultan relevantes para los fines de la jurisdicción militar policial; destacando las siguientes garantías, principios y derechos:

- a. Preminencia de los derechos y principios de la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Perú, sobre las disposiciones del Código Penal Militar Policial.
- b. Proscripción del proceso y sanción por un acto u omisión que al momento de su comisión no esté previsto, de modo expreso e inequívoco, como delito de función militar o policial por la ley penal vigente al momento de su comisión.
- c. Prohibición de la analogía para calificar un hecho como delito o definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad por aplicarse.
- d. Proporcionalidad de la pena.
- e. Principio de culpabilidad probada del autor.
- f. Garantía del derecho de defensa durante el proceso.
- g. Principio de doble instancia.
- h. Principio de interdicción de la *reformatio in peius*, que garantiza que el órgano jurisdiccional revisor no aumente la pena cuando el condenado sea único apelante.
- i. Principio de *ne bis in idem*, que evita que el imputado sea procesado o sancionado penalmente más de una vez en el Fuero Militar Policial, siempre que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Asimismo, el Código Penal Militar Policial establece también los principios que sustentan la sanción del delito de función:

- a. Principio de Orden y Disciplina: Es la obligación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional de observar rigurosamente las normas establecidas en la Constitución Política del Estado, los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, las leyes de la República y los reglamentos militares y policiales. La disciplina es, además, la regla de conducta uniforme y común a los jefes, oficiales, soldados y policías para garantizar la defensa y seguridad de la República.
- b. Principio de Jerarquía y Subordinación: La jerarquía militar y policial es la base de la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Cada grado tiene una autoridad directa que encarna el superior inmediato, se halla sometido, al mismo tiempo, a todos los grados superiores y ejerce, a su vez, autoridad sobre los inferiores en grado. La autoridad del superior sobre el inferior en grado

es la subordinación y ella consiste en el respeto y acatamiento a cada grado militar o policial. La subordinación entraña respeto, obediencia y colaboración. Es un principio absolutamente impersonal, pues tanto el jefe como el subalterno forman parte de una organización militar o policial, cuyo fin es el cumplimiento de los deberes militares o policiales que la Constitución instituye.

- c. Principio de Mando y Obediencia: El mando es el privilegio y la obligación de dar órdenes. Todo superior debe mantener su autoridad sobre sus subordinados. Cualquiera que sea su grado o la dificultad que se le presente, se halla absolutamente obligado a exigir la obediencia y el respeto que le son debidos.
- d. Principio de Defensa y Seguridad de la República: Las Fuerzas Armadas y Policía Nacional tienen como función primigenia la defensa y seguridad de la República, de conformidad con los artículos 165° y 166° de la Constitución. Para cuyo cumplimiento es imprescindible la preservación de la existencia, organización y operatividad de las fuerzas del orden, dado que la defensa nacional es integral y permanente, tal como lo establece el artículo 163° de la Norma Fundamental.

Por ello, el delito de función previene y sanciona todo acto de los efectivos militares o policiales que atente contra las funciones, existencia, organización y operatividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

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

### C. DELIMITACIÓN DE PRINCIPIO *NE BIS IN ÍDEM*

El principio *ne bis in idem* informa la potestad sancionadora del Estado. En su formulación material impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por una misma infracción cuando exista la identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que "nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos", es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto.

A diferencia de los Códigos que lo precedieron, el presente Código Penal Militar Policial delimita claramente el ámbito del principio *ne bis in idem*, al independizar la sanción penal militar policial de la sanción administrativa impuesta por los institutos castrenses, sin enervar dicho principio.

El Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que el principio *ne bis in idem* no impide la sanción simultánea en sede penal y en sede administrativa de una persona por un mismo hecho, "pues el proceso penal y el proceso administrativo están orientados a determinar distintos tipos de responsabilidades". (Cfr. Exps. N° 06135-2008-PHC/TC, N° 02496-2009-PHC/TC, entre otros)

Del mismo modo, el presente Código contempla la agravación de las penas cuando el agente del delito es reincidente o habitual, a semejanza del Código Penal común.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que en la reincidencia y la habitualidad la valoración jurídico-penal trasciende el hecho como aspecto nuclear de la imputación, y se traslada a un hombre delincuente (*uomo delinquente*), penetrando en la esfera profunda de su personalidad y enjuiciando negativamente su conducción de vida en sociedad, al tratarse de un sujeto que revela significativa peligrosidad para los intereses sociales comunitarios; de allí que la agravación de la pena por estas causales no supone una vulneración de los principios constitucionales *ne bis in idem* ni de proporcionalidad de la pena. (Cfr. Exp. N° 0014-2006-AI/TC)

#### **D. EL DELITO DE FUNCIÓN MILITAR POLICIAL**

Como se ha analizado, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el delito de función es toda aquella conducta cometida por un militar o policía en situación de actividad, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de él, que atenta contra bienes jurídicos vinculados a la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

A efecto de tutelar en forma íntegra estos elementos primordiales de las fuerzas del orden, el presente Código contempla delitos de función estrictamente militares y militarizados.

##### **a. Delitos de función estrictamente militares**

Son los que afectan únicamente bienes jurídicos exclusivos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. Su ámbito de tutela se circunscribe a bienes jurídicos que son propios de los institutos castrenses.

El Código Penal Militar Policial prevé los siguientes delitos de función estrictamente castrenses: violación de consigna; abandono de puesto de vigilancia; omisión de aviso o repulsión; abandono de escolta o de comando; seguridad de las instalaciones y bienes militares y policiales; desertión; empleo indebido de armas; inicio de operación innecesaria, entre otros.

##### **b. Delitos de función militarizados**

Los delitos de función militarizados son aquellos que afectan bienes jurídicos que no son necesariamente exclusivos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional pero inciden en la existencia, organización, operatividad o funciones de estas instituciones.

Tutela bienes jurídicos que pueden ser vulnerados tanto por militares como por civiles, pero que debido a su importancia en las instituciones castrenses, su trasgresión es sancionada como delito de función cuando el agente es un militar o policía que ha actuado en el ejercicio de sus funciones.<sup>1</sup>

Entre los delitos de función militarizados del Código Penal Militar Policial, tenemos los de: espionaje; rebelión; apoderamiento ilegítimo de material destinado al servicio; falsificación o adulteración de documentación; ultraje a los símbolos nacionales, militares y policiales; etc.

Al respecto, se debe tener presente que el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que "dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado." (Exp. 0019-2005-AI/TC)

Por ello, dependerá de la política criminal del Estado la introducción de delitos de función militarizados si con ello se busca proteger un bien jurídico vinculado a las funciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

En este sentido, el delito de función militarizado, para su validez, debe cumplir con la referida triple identidad, esto es: i. El agente debe ser un militar o policía en situación de actividad; ii. La comisión del ilícito debe ser en acto de servicio o con ocasión de él. iii. Debe existir una relación directa y próxima con las funciones, existencia, organización u operatividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

En nuestro ordenamiento jurídico, un ejemplo de delito de función militarizado lo constituye la conducta de espionaje, la cual está tipificada tanto en el Código Penal común como en el Código Penal Militar Policial. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 0012-2006-AI/TC, ha señalado en forma precisa que cuando el espionaje es cometido por un civil, incurre en el delito tipificado en los artículos 330° y 331° del Código Penal común (que tipifican los delitos de "Revelación de Secretos Nacionales" y "Espionaje") y debe ser juzgado en el fuero común. En cambio, cuando un militar o policía incurre en dicha conducta de espionaje incurre en el delito de función de "Traición a la Patria", tipificado en los artículos 66°, inciso 3) literal c), y 67° del Código de Justicia Penal Militar, y la jurisdicción competente para su juzgamiento es el Fuero Militar Policial. Este criterio ha sido acogido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver el proceso de Competencia N° 37-2009 entre las jurisdicciones militar y ordinaria.

---

<sup>1</sup> Lo expuesto guarda concordancia con lo señalado por el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, respecto a que para el cumplimiento de las funciones de defensa y seguridad de la Nación, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional "requiere[n] contar con personal de conducta intachable y honorable en todos los actos de su vida pública y privada, que permita no sólo garantizar, entre otros, el cumplimiento [de sus funciones] sino también mantener incólume el prestigio institucional. (Cfr. Exps. N° 02803-2007-PA/TC, N° 3349-2006-AA/TC, entre otros).

Por tanto, el delito de función militarizado se encuentra legitimado por la jurisprudencia constitucional y penal nacional e internacional.

## 2. PARTE PROCESAL PENAL

El presente Código Penal Militar Policial ha evolucionado hacia un proceso penal de modelo acusatorio-adversarial, semejante al del nuevo Código Procesal Penal común, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957.

Entre las ventajas de este proceso se encuentra: a) la separación de las funciones de investigación y juzgamiento; b) la activa participación de las partes procesales para la dilucidación de los hechos controvertidos; c) equilibrio entre garantía y eficacia, que pretende ponderar el respeto de los derechos del imputado con la eficacia en la persecución del delito por parte de los órganos integrantes del sistema de administración de justicia militar policial; c) racionalidad del proceso penal, respetando en todo momento los derechos tanto de la víctima como del imputado; y, d) configuración del proceso penal militar policial conforme a los principios y derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados sobre Derechos Humanos que el Perú ha suscrito. (Cfr. Exp. N° 00815-2007-PHC/TC)

En el modelo actual, las funciones del fiscal se han acrecentado, en estricta correspondencia con su labor de persecución del delito. En esa línea, se atribuye a los Fiscales Militares Policiales la dirección de la labor de investigación preparatoria, eliminando la figura del juez instructor, en concordancia con la *ratio* de todo órgano fiscal, conforme al artículo 159° de la Constitución. No obstante, no implica que la etapa de investigación se realice sin el apoyo del órgano jurisdiccional, pues no excluye la intervención del juzgado de investigación preparatoria, cuya función es complementaria y necesaria. (Cfr. Exp. N° 00815-2007-PHC/TC)

El Código Penal Militar Policial también establece una serie principios y derechos que garantizan el debido proceso, tales como:

- a. Ningún militar o policía podrá ser condenado sin un juicio previo.
- b. Durante todo el proceso se observarán los principios de contradicción, inmediación, simplificación y celeridad; así como los de oralidad, publicidad y no duplicidad funcional durante el juicio.
- c. Todo militar o policía imputado es considerado inocente, en tanto no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad, mediante sentencia firme debidamente motivada.
- d. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.
- e. Ningún militar o policía puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Toda admisión de hechos o confesión, debe ser libre y bajo su expreso consentimiento.
- f. El imputado tiene derecho a solicitar un intérprete para que lo asista en su defensa, cuando no comprenda correctamente o no pueda expresarse en el idioma oficial ó que por alguna limitación física necesite expresarse por señas.

- g. Se respeta el derecho a la intimidad y a la privacidad del imputado, del agraviado y de cualquier otra persona.
- h. Se prohíbe la incomunicación del imputado y el secreto de las actuaciones. Todas las audiencias serán públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.
- i. 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.
- j. Todo militar o policía tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme a los plazos establecidos en este Código.
- k. La sentencia debe ser definitiva, absolviendo o condenando al imputado. Las decisiones judiciales, salvo las de mero trámite, expresarán los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen.
- l. Los elementos de prueba tendrán validez sólo si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al juicio del modo que autoriza este Código.
- m. Todas las normas que coacten la libertad personal, limiten el ejercicio de los derechos de las partes o establezcan sanciones procesales se interpretarán restrictivamente.
- n. Todo militar o policía tiene derecho a que se le informe de sus derechos, se le comunique 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.
- o. Las medidas de coerción procesal tienen carácter instrumental, excepcional, provisional y varían dependiendo de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial. La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impone con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que existan suficientes elementos de convicción.

Asimismo, se consagra el ejercicio público de la acción penal militar policial para que cualquier persona (natural o jurídica, agraviada o no, militar, policía o civil) pueda incoarla. La acción también podrá ser ejercida de oficio por los Fiscales Militares Policiales. Promovida la acción, su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos en la ley.

### **3. PARTE DE EJECUCIÓN PENAL**

El presente Código Penal Militar Policial prevé un desarrollo de la ejecución de la pena acorde con las garantías, principios y derechos establecidos en la Constitución Política del Estado y los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, entre las que cabe destacar las siguientes:

- Ninguna persona podrá ser internada en un Centro de Reclusión Militar Policial en calidad de detenido sin orden de Juez competente.
- Las sentencias condenatorias sólo podrán ser ejecutadas cuando tengan carácter de cosa juzgada.

- La persona privada de libertad tiene garantizado el derecho de defensa durante el proceso judicial y en la ejecución de la pena.
- Toda pena se ejecutará bajo el estricto control del Juez Militar Policial encargado de la ejecución, quien verificará el cumplimiento de la sentencia, el régimen penitenciario, así como las condiciones de detención.
- El Juez Militar Policial encargado de la ejecución, podrá ordenar el cumplimiento de la pena en el domicilio que señale el condenado, en caso que éste fuere mayor de sesenta y cinco años o se encuentre gravemente enfermo.
- Para el cumplimiento de sus fines, los Centros de Reclusión Militares Policiales deberán promover la colaboración y participación de entidades que realicen actividades sociales, religiosas, educativas, laborales o cualquier actividad que contribuya a la rehabilitación del interno.
- El interno durante su privación de libertad, podrá ejercer todos los derechos y facultades que le otorga la ley.
- Los internos tienen derecho a: ser llamados por su nombre; asistencia médica; descanso diario que no debe ser inferior a ocho horas durante la noche; acceso a información; comunicación interna y externa de acuerdo con el Reglamento de los Centros de Reclusión Militar Policial; libertad de religión; visita; visita íntima; desarrollar actividades laborales; acceso a programas de educación y a desarrollar actividades deportivas y culturales; entre otros.
- Las mujeres internas tienen derecho a permanecer en el Centro de Reclusión Militar Policial con sus hijos, hasta que éstos cumplan 3 años de edad, oportunidad en la que deberán ser entregados a los familiares que corresponda, de conformidad con las leyes de la materia. Los Centros de Reclusión Militar Policial contarán con un espacio físico adecuado para la atención de los niños.

Del mismo modo, se establece las obligaciones de los internos durante el cumplimiento de la pena, como son: respetar las leyes y reglamento del Centro de Reclusión; respetar al personal del Centro de Reclusión y a todas aquellas personas con quienes se relacione; acatar las disposiciones del Centro de Reclusión; mantener su celda limpia y ordenada, así como contribuir en el mantenimiento del orden y la limpieza de las áreas comunes; asistir a las citaciones que les formulen las autoridades legislativas, judiciales, policiales y otras administrativas; cumplir con los horarios establecidos para las visitas, su aseo personal, su alimentación y otras compatibles con su condición de detenido.

También se instaura un régimen disciplinario que garantiza la seguridad y la convivencia ordenada en los Centros de Reclusión Militar Policial. Los internos podrán ser sancionados por faltas disciplinarias leves o faltas disciplinarias graves.

Constituyen faltas disciplinarias leves: faltar el respeto debido a las autoridades, funcionarios y empleados de Centros de Reclusión Militar Policial; emplear palabras soeces o injuriosas en el trato con otro interno u otras personas que se encuentren dentro del Centro; causar daños materiales menores a las instalaciones o bienes del Centro; causar daños leves a las pertenencias de otra persona; resistir o desobedecer las órdenes emanadas de autoridad o funcionario en ejercicio de su cargo; incumplir las disposiciones sobre alojamiento, higiene, aseo, horario, visitas, comunicaciones,

traslados y registros; y transitar o permanecer en zonas prohibidas del Centro, sin la debida autorización.

Las sanciones para este tipo de faltas son: amonestación escrita; restricción de permisos de salida por un plazo no mayor de sesenta (60) días; prohibición de participar en actos recreativos hasta por un plazo de quince (15) días; o, restricción de visita general o visita íntima por un plazo no mayor de quince (15) días.

Entre las faltas disciplinarias graves están: participar o instigar en motines, huelgas o desórdenes colectivos; resistir violentamente al cumplimiento de órdenes emanadas de autoridad o funcionario en ejercicio de su cargo; poseer o consumir bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes; poseer armas, explosivos y otros objetos prohibidos establecidos en el Reglamento; poseer celulares u otros objetos de comunicación electrónica o de cualquier tipo; agredir físicamente a cualquier persona que se encuentre en el Centro; causar daños graves al Centro; causar daños graves a las pertenencias de otra persona; intentar evadirse del Centro; o la reiteración de dos faltas leves en un plazo de seis meses.

Este tipo de faltas son sancionadas con: restricción de permisos de salida por un plazo no mayor de ciento veinte (120) días; privación de actividades recreativas hasta por treinta (30) días; aislamiento en celda por un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días; o, restricción de visita general y visita íntima por el plazo de treinta (30) días.

Teniendo en consideración lo expuesto, mediante facultades legislativas otorgadas por el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo, por Decreto Legislativo, ha dictado el presente Código Penal Militar Policial, que llena los vacíos jurídicos existentes en esta materia, los cuales ponen en peligro el accionar de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Con este Código se garantiza que dichas instituciones fundamentales del país, cumplan en forma idónea y cabal sus funciones de defensa y seguridad de la patria. De esta manera, en concordancia con los artículos 44° y 163° de la Constitución Política, se da fiel cumplimiento al deber primordial del Estado de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, y promover el bienestar general.

### **ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO**

El presente Decreto Legislativo adecúa la normativa penal militar policial a la vigente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional.

Regula el delito de función militar policial desde una óptica funcional que garantiza y vela que los efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional cumplan con

orden, disciplina y eficacia sus funciones de defensa y seguridad de la patria, de conformidad con los artículos 139°, 165°, 166° y 167° de la Constitución Política.

Asimismo, implementa un nuevo proceso penal militar policial de modelo acusatorio-adversarial, semejante al del nuevo Código Procesal Penal común (Decreto Legislativo N° 957), que garantiza en mayor medida el debido proceso y los derechos del procesado, conforme a los principios y derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados sobre Derechos Humanos que el Perú ha suscrito. Del mismo modo, permite una separación de las funciones de investigación y juzgamiento; la activa participación de las partes procesales para la dilucidación de los hechos controvertidos; y, equilibrio entre el respeto de los derechos del imputado y la eficacia en la persecución del delito de función militar policial.

Finalmente, prevé un desarrollo de la ejecución de la pena acorde con los instrumentos y estándares internacionales sobre la materia.

De esta manera, el presente Decreto Legislativo coadyuva al cumplimiento del deber primordial del Estado de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, y promover el bienestar general, en concordancia con los artículos 44° y 163° de la Norma Fundamental. Factores todos estos de innegable e inconfundible beneficio para el adecuado desarrollo de la sociedad, en un marco jurídico protector de los derechos humanos, a la vez que habilitador de las condiciones de existencia sosteniblemente segura gracias al rol protector que se le asigna a las fuerzas armadas.

#### **EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACION NACIONAL**

El efecto específico del presente Decreto Legislativo - Código Penal Militar Policial es la sustitución del Decreto Legislativo N° 961- Código de Justicia Militar Policial, adecuando el sistema a la reciente jurisprudencia que estableció la necesidad de su reforma.