

## **MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN EL MARCO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR ESPAÑOLA Y PERUANA. UN ESTUDIO COMPARADO**

VERÓNICA LÓPEZ YAGÜES

**SUMARIO:** **I.** Consideraciones Previas. **II.** Breve Aproximación a la jurisdicción y el proceso penal militar español y peruano. **1.** Sobre la Jurisdicción especializada castrense en el Ordenamiento constitucional español. **2.** En cuanto al fuero jurisdiccional militar en la República del Perú. **III.** El sistema de medidas cautelares personales en la legislación especial castrense. **1.** Medidas cautelares sobre personas en la Ley Procesal Militar española. A. La citación u orden de comparecencia. B. La detención. C. La prisión preventiva. D. Sobre el extraordinario régimen de detención o prisión incomunicada. E. La prisión atenuada. F. La libertad provisional. **2.** Medidas cautelares de carácter personal en el Código de Justicia Militar peruano. A. La comparecencia. B. La detención provisional y definitiva. C. La libertad provisional. **IV.** Valoración crítica de los aspectos más singulares de la regulación en uno y otro ordenamiento.

## I CONSIDERACIONES PREVIAS

La privación de libertad del inculcado durante la tramitación de la causa ha sido, es y seguirá siendo mientras se recurra a ella, uno de los puntos más espinosos del proceso penal que el Estado de Derecho configura como instrumento único de aplicación del *ius puniendi*<sup>1</sup>, sea en el marco de la Jurisdicción ordinaria, sea en el de la Jurisdicción especializada castrense. El debate que despierta la siempre polémica intromisión estatal en la esfera jurídica de sus ciudadanos, algo apaciguado si obedece a la necesidad de castigar el delito y restaurar la paz social perturbada con su comisión, aumenta de tensión si dicha injerencia implica la restricción del derecho a la libertad de la persona en una época —y este es el dato que más desconcierta— en la que tan sólo se sospecha de su responsabilidad criminal.

La falta de instantaneidad del mecanismo procedimental —o, si se prefiere, su excesiva dilación— y la necesidad de mantener al imputado a disposición de la autoridad judicial en garantía<sup>2</sup>, en un primer momento, del perfecto desenvolvimiento de las actuaciones y, en último término, de la efectiva realización de la futura sentencia<sup>3</sup> hacen, sin embargo, obligada la adopción de ciertas medidas<sup>4</sup> que limitan, en mayor o menor grado, el que, tras la vida<sup>5</sup>, se reconoce más esencial de los derechos inherentes a la dignidad personal<sup>6</sup>, la libertad, particularmente en su manifestación deambulatoria.

Pero, con ser un presupuesto esencial, la sola imputación de un hecho tipificado como delito por la Ley penal sustantiva o, en lo que al objeto de este estudio

1 El proceso, como bien señala GIMENO SENDRA, no agota sus funciones en la exclusiva y mecánica aplicación del derecho penal; a ella se añaden la de declarar la libertad del inocente y la de proteger, mediante una rápida y efectiva reparación, los intereses de la víctima; funciones todas, que corresponde al propio Estado asegurar. GIMENO SENDRA, p. 44; ASENCIO MELLADO, ps. 27 a 29 y RUIZ VADILLO, ps. 37 y 129; ROXIN, p. 168 y GÖSSEL, p. 66.

2 MAISTRE DU CHAMBON, p. 68.

3 AGUILERA DE PAZ, p. 190; ASENCIO MELLADO, 1987, p. 31; MORENO CATENA, 1980, p. 340; RAMOS MÉNDEZ, p. 278.

4 Define GIMENO SENDRA las medidas cautelares como «resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que pueden adoptarse frente al presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso del procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia». GIMENO SENDRA, 1997, p. 480.

5 MANZINI, p. 640.

6 GIMENO SENDRA, 1985, p. 17. En este sentido, véase asimismo la STC 71/1994 y la STS de 5 de mayo de 1996.

interesa, previsto y sancionado por el Código de Justicia militar<sup>7</sup>, no legitima al Estado para privar de su libre locomoción al sujeto que la recibe, a no ser que a ello se sume el peligro de ver en otro caso frustrados los fines cautelares perseguidos, y siempre que los mismos no puedan salvaguardarse a partir de medidas de menor intensidad lesiva.

Esta última exigencia alude al respeto del principio de proporcionalidad —de inexcusable observancia en toda materia en la que se hallen implicados derechos, como el de libertad, constitucionalmente consagrados como fundamentales de la persona por su inherencia a la condición humana— que exige a la medida superar un estricto juicio del que resulte su necesidad e idoneidad para la consecución de un fin lícito —cual es la persecución del delito y castigo del culpable— con el que, en el caso concreto y a la vista de sus circunstancias, el sacrificio del derecho guarde perfecto equilibrio<sup>8</sup>. No se olvide que «una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría carácter punitivo en cuanto al exceso<sup>9</sup>».

Ese riesgo de desnaturalización de la medida —mayor, cuanto más grave es ésta— está presente en el ámbito del proceso penal castrense tanto español cuanto peruano, algo distintos únicamente en cuanto al grado en que se manifiesta; un riesgo, que planea peligrosamente, en particular, sobre la medida de prisión antes de juicio y amenaza con convertirla en una pena anticipada o a cuenta, ante la aparente indiferencia de ambos legisladores poco atentos y dispuestos a dar respuesta a las necesidades de reforma que la misma precisa siendo, como es, una de las cuestiones procesales más delicadas y trascendentales.

Se advierten, en verdad, ciertos puntos de coincidencia en el tratamiento dado a la misma por uno y otro Derecho, aunque son más, quizás, los que les distingue, sin que ello implique que no precisen ambos una profunda transformación, tras un nuevo paso por el tamiz de constitucionalidad —ante lo apretado del primero— del sistema de medidas cautelares que prevén. La revisión habría de afectar a aspectos esenciales de la regulación que contienen, que han logrado salvarse merced a una interpretación de sus dictados a la luz de lo que disponen sus

---

7 El delito militar, en su mayor parte y a diferencia del común —afirma GÓMEZ MENDOZA, p. 30— «no es realizado bajo el móvil de perversidad, o anormalidad, o carácter antisocial del sujeto, sino más bien como la violación específica de los Derechos militares que el servicio y la función (...) impone» a los miembros de los Institutos Armados militares y policiales, ello, a juicio del autor, justifica su mayor gravedad y, por ende, mayor pena.

8 RODRÍGUEZ RAMOS, p. 15.

9 ARANGÜENA FANEGO, p. 118; RAMOS MÉNDEZ, p. 282.

respectivos Textos Constitucionales; una interpretación propugnada por la doctrina y en la que se viene esforzando la Jurisprudencia, aunque no siempre con el empeño o eficacia deseable. El legislador no puede, sin embargo, permanecer inactivo y trasladar a los órganos jurisdiccionales la responsabilidad de actuar el *ius criminis* y cuidar, a un tiempo, de que el inculpado no resulte víctima de la maquinaria estatal.

Así las cosas, y con la intención de poner de manifiesto las deficiencias y problemas anudados a la regulación de esta materia en la ya de por sí controvertida legislación procesal castrense que ambos Estados conservan, se procederá a continuación al análisis, desde un punto de vista crítico, del capítulo que uno y otro Ordenamiento Jurídico dedican a la protección cautelar de carácter personal en el ámbito del proceso penal militar; un análisis en el que, a la vista de las diferencias apreciadas en el cuadro mismo de medidas previstas —y, no sólo en cuanto a su distinta denominación, sino con relación al contenido y régimen de cumplimiento de las que, con mayor o menor esfuerzo, podrían entenderse equivalentes— conviene abandonar la idea de un tratamiento conjunto para, en su lugar, examinar separadamente el sistema de medidas cautelares que cada uno de ellos arbitra y proceder luego a su contraste en los puntos que, por su singularidad, acierto o merecida crítica, resulten de mayor relevancia. El resultado de esta valoración dará la medida del ajuste o la distancia que a ambas regulaciones separa de las exigencias derivadas de los artículos 5º del Convenio Europeo y el art. 7º de la Convención Americana —en los que se consagra el derecho y valor superior de libertad— que el Estado español y el peruano, respectivamente, se han comprometido a respetar.

Antes, sin embargo, parece oportuno un simple apunte acerca del modelo procesal que acoge tales medidas y de las fuentes normativas de las que se nutre.

## **II. BREVE APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN Y EL PROCESO PENAL MILITAR ESPAÑOL Y PERUANO**

### **1. Sobre la Jurisdicción especializada castrense en el Ordenamiento constitucional español**

Con su reconocimiento en el art. 117.5º como excepción al principio de unidad jurisdiccional que consagra, la Constitucional española de 1978 legitima la exis-

tencia de la Jurisdicción militar<sup>10</sup> aunque, como bien detalla, «limitada al ámbito de lo estrictamente castrense»<sup>11</sup>, a la que encomienda el conocimiento de los ilícitos sancionados por el Código Penal Militar.

Un primer paso dado con la LO 4/1987, de 15 de julio de Competencia y organización de la Jurisdicción Militar —que completó su integración en el Poder Judicial al residenciar las facultades jurisdiccionales en órganos militares permanentes y tecnificados<sup>12</sup>— y la Ley 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar<sup>13</sup> que posibilitaba, definitivamente, su concepción y funcionamiento como jurisdicción penal<sup>14</sup>. Esta última norma —en palabras de Rojas Caro— «inspirada de manera servil en la centenaria LECrim» diseña un proceso que, considera la doctrina<sup>15</sup>, acentúa las garantías del justiciable<sup>16</sup> y es respetuoso con los principios de contradicción e igualdad de partes<sup>17</sup>, y que ha de ser público y sin dilaciones indebidas

---

10 En opinión del Tribunal Constitucional, máximo intérprete y garante de la Carta Magna, «las peculiaridades institucionales de los Ejércitos y la necesidad de su idoneidad para el cumplimiento de los altos fines que la Constitución les reconoce, se traducen en un conjunto de singularidades, algunas de ellas de relevancia constitucional, como es el caso de la Jurisdicción militar». Vid. STC 14/1996.

11 Art. 117. 5º de la Constitución española de 1978.

12 La potestad jurisdiccional, en este ámbito, se atribuye a la Sala 5ª del TS, el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y los Juzgados Togados Militares.

13 (LPM, en adelante). Antecedente inmediato de esta normativa es la LO 9/1980, de 6 de diciembre, que tiene su origen en los Pactos de la Moncloa y, en particular, en los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política aprobados el 27 de octubre de 1977.

14 «Jurisdicción especializada» en palabras de MILLÁN GARRIDO, en su prólogo a la citada ley, editada por Tecnos, Madrid, 1989. En opinión de SAN CRISTÓBAL ROSALES, la «limitación a lo estrictamente castrense» que la norma precisa, no pretende convertir a la jurisdicción militar en una jurisdicción no judicial o bien, una jurisdicción judicial especial, sino que implica tan sólo, la atribución a ésta de un régimen parcialmente distinto dentro de la jurisdicción judicial ordinaria. ps. 306 y 307.

15 En particular, sostiene RUIZ VADILLO que el proceso penal castrense configurado por la LPM de 1989, asume los principios constitucionales no sólo en su dimensión legitimadora formal, sino en la material (RUIZ VADILLO, 1995, p. 882).

16 A salvo siempre las repercusiones que puedan contrariar a la disciplina militar, como principio esencial de la institución castrense y fundamento mismo de la existencia de la jurisdicción militar.

17 Conforme se advierte desde la propia Exposición de Motivos de la LPM, el principio se reconoce con las matizaciones propias de la jurisdicción castrense. Sobre la misma peculiaridad puede verse la STC 29 de enero de 1996 que trae cita de una anterior —la STC 97/1985— en la que el Tribunal admitió la derogación del derecho fundamental justificando su decisión en la especial estructura de las Fuerzas Armadas, ámbito éste, en el que la jerarquía y disciplina se convierten en principios esenciales y razón de ser de la existencia de la propia jurisdicción castrense.

que generen indefensión<sup>18</sup>. No en vano, el propio Tribunal Constitucional español señalaba que el conjunto de garantías que proclama el art. 24.2º de la Norma Fundamental configuran, particularmente en el orden penal militar, el proceso penal justo o proceso debido, que viene a coincidir, en esencia, con aquél en el que se realizan los postulados básicos del principio acusatorio<sup>19</sup>.

El paralelismo de la Ley procesal militar con la LECrim es innegable. Algunos de sus preceptos parecen una auténtica trasposición de los de ésta última, si bien, cuidando de adaptarlos a las peculiaridades de la jurisdicción castrense<sup>20</sup>. Ello, sin embargo, en absoluto implica que la norma militar no confiera un tratamiento específico a determinadas materias o que, aun siendo evidente su similitud, la regulación contenida en esta otra no lleve sello propio que advierte de la circunstancia de hallarse, en este ámbito jurisdiccional, «ante un distinto modo de enjuiciar»<sup>21</sup>; rasgo éste que, no obstante, la Jurisprudencia viene suavizando progresivamente<sup>22</sup>.

En cualquier caso, no ha de perderse de vista que la norma procesal común —para la que no han de ahorrarse críticas— ha de ser aplicada supletoriamente en este otro ámbito procedimental. La remisión a sus preceptos en lo no previsto por la LPM es obligada merced a lo dispuesto por su DA 1º, pero, también a ella se ordena acudir directamente en los supuestos en los que el sujeto pasivo del proceso carezca de la condición de militar. No han de extrañar, pues, las continuas referencias en este análisis a lo que previsto al respecto por la LECrim, que dan la medida de las deficiencias que padece la norma de 1989 y a las que no siempre aquélla ofrece respuestas.

---

18 Asimismo, el proceso penal castrense incorpora el principio de celeridad, si bien, como acertadamente señala ROJAS CARO —p. 174— orientado en interés de la ejemplaridad y la disciplina.

19 STS de 22 de mayo de 1996, (FJ 2º). Pero, lo cierto es las principales reformas operadas en el marco de la Jurisdicción penal ordinaria con la que se culminaba esa garantía —en particular, la operada por la LO 7/1988 de la que nace el procedimiento abreviado, así como la creación de los Juzgados de lo penal— no han sido acompañadas de una reforma, en paralelo, de la LPM. Véase la crítica de CALVO SÁNCHEZ, ps. 11 y 33.

20 En opinión de RAMOS MÉNDEZ, esta reiteración de normas orgánicas y procesales, de dudosas especialidades «no siempre justificables», encuentran sólo explicación en meras razones de inercia legislativa. p. 60.

21 Esta es, precisamente, la sensación del Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA cuando se enfrenta al proceso desarrollado en el marco de la Jurisdicción militar y, más concretamente, a alguno de sus principales aspectos como lo es el relativo a las medidas cautelares de naturaleza personal.

22 Esa misma línea sigue —y va más allá, incluso— la reciente sentencia 115/2001, de 10 de mayo, que reúne como principal virtud el acercar, con su fallo, la Jurisdicción militar a la ordinaria mediante la disminución de sus especialidades al desvincularla de los principio militares.

## **2. En cuanto al fuero jurisdiccional militar en la República del Perú**

La Justicia Militar —según se vienen escuchando a la doctrina— ha dejado de ser un fuero privilegiado para convertirse en una Jurisdicción especial. Conforme señala Gómez Mendoza, su existencia «como Institución independiente en el campo del Derecho penal común no se sustentará sobre fundamentos de privilegios o preeminencias especiales (...) sino por causas propias de su profesionalización en los deberes y obligaciones especiales que corresponden al personal de las Fuerzas Armadas y policiales»<sup>23</sup>. El fundamento jurídico de su existencia y funcionamiento reside en la LO de Justicia Militar y el vigente Código de Justicia Militar<sup>24</sup>, al que, en la parte que interesa, se atenderá seguidamente.

Como de inmediato se conocerá, el legislador peruano reúne en un solo texto normativo, el Código de Justicia Militar<sup>25</sup>, los aspectos sustantivos y procesales del Derecho penal castrense, donde reserva el Libro II a los «procedimientos judiciales» y, dentro de él, la Sección IV, bajo el título «Juicio ordinario-Instrucción», a la regulación del procedimiento judicial en el que ha de conocerse el delito militar<sup>26</sup>. Pero, al igual que sucede y se señalaba del modelo español, la legislación procesal penal común resulta de aplicación supletoria a lo dispuesto en este otro Texto Jurídico. Conforme expresamente señala el art. 744 del CJMP «en todo lo no previsto en el presente Código, los jueces y tribunales militares aplicarán las disposiciones de los Códigos comunes, en cuanto sean pertinentes, siempre que se encuentre expedita la jurisdicción militar y se trate exclusivamente de suplir alguna omisión en sus disposiciones».

En particular, la regulación contenida en el título décimo tercero de esa misma Sección IV, relativa a la materia cautelar objeto aquí de estudio, por su falta de detalle, precisa irremediablemente ser completada con lo dispuesto en estos otros,

---

23 En opinión de este autor, la razón que la justifica es la función que está llamada a cumplir, «la de cautelar la seguridad externa o interna del Estado encomendada a estos Institutos» para lo que resulta preciso asegurar «la plena y eficaz tutela disciplinaria». GÓMEZ MENDOZA, ps. 32 y 33.

24 Normas éstas aprobadas por Decreto Ley núm. 23201, de 19 de julio y Decreto Ley núm. 23214, de 24 de julio de 1980 (en adelante, CJMP), respectivamente.

25 CJMP, en adelante.

26 El proceso que arbitra, como el español, se halla estructurado en dos fases claramente diferenciadas a las que alude el art. 426 CJMP, cuales son la Instrucción y el Proceso. La primera, dirigida «a reunir la prueba de la comisión del delito y establecer la distinta participación que hayan tenido los autores (...), las circunstancias en las que se ha perpetrado y sus móviles», la segunda, reservada al proceso, «cuando de la instrucción resulte probada la existencia de un delito y su imputabilidad al encausado» en la que se practica la prueba y culmina con la sentencia (Art. 563 CJMP).

con lo que ello implica de confusión en una cuestión que, por el alto valor de los derechos implicados, debiera ser tratada por el legislador con especial celo.

### III. EL SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL CASTRENSE

#### 1. Medidas cautelares sobre personas en la Ley Procesal Militar española

La Ley Procesal Militar de 1989, en el capítulo VIII y bajo una rúbrica del todo indicativa, arbitra la citación, detención, prisión preventiva y atenuada y, separadamente, la libertad provisional (capítulo IX) como medidas cautelares susceptibles de ser acordadas, que definen la situación personal del inculpado durante la tramitación del proceso, muy semejantes, pero no idénticas a las previstas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

##### A. La citación u orden de comparecencia

La «citación para ser oída» dirigida a la persona a «quien se impute un acto punible» es la primera y menos incisiva de las medidas que, salvo que ley disponga lo contrario o proceda su detención, debe el juez acordar; una medida cuya naturaleza cautelar es negada en la doctrina por quienes, lejos de entender que la misma implique una efectiva restricción de libertad, se inclinan por su consideración como garantía en favor del sospechoso de criminalidad tendente a posibilitar la declaración sobre aquello que se le imputa. Y, es cierto que la medida responde al principio de audiencia, pero no lo es menos que la orden de comparecencia afecta al imputado de delito —merced a esa sola condición— y resulta a éste coercitiva, toda vez que de ser incumplida sin justificación legítima alguna, puede transformarse en una orden de detención<sup>27</sup> y, quizás más tarde, derivar en su prisión preventiva.

La singularidad de esta medida respecto de la que puede entenderse equivalente en la LECrim, reside en el modo en que es llevada a la práctica; y es que, según precisa el art. 199.2º LPM, la citación al militar —ya en activo, ya en la reserva— habrá de serlo a través del Jefe de su Unidad o de la Autoridad de

---

<sup>27</sup> El legislador, consciente de la necesidad de escuchar a la persona sobre la que pesan indicios de delito con carácter previo a cualquier decisión relativa a la conducción del proceso, opta por el método menos traumático de conseguirlo dejando a salvo la posibilidad de lograrlo de modo coactivo.

quien dependa a efectos administrativos, parece que en interés del servicio y la disciplina, a salvo en los supuestos de urgencia en los que podrá ser citado directa y personalmente en el lugar en que se halle, dejando constancia en autos y dando inmediata cuenta a la Autoridad militar de la que dependa<sup>28</sup>.

## **B. La detención**

La apreciación por el órgano jurisdiccional —en particular, el Juez Togado que incoe las actuaciones— sea *ab initio*, sea a resultas de aquella comparecencia, de indicios fundados de culpabilidad, puede llevarle a ordenar la detención de la persona sobre la que éstos pesan. La medida, sin embargo, puede ser también practicada por las autoridades y sus agentes legalmente facultados para ello<sup>29</sup> con el fin único de su entrega a la Autoridad judicial, que habrá de resolver sobre la situación personal y, en consecuencia, acordar una medida distinta —de menor o mayor intensidad— o su puesta en libertad sin condiciones.

La detención es medida de estricta naturaleza cautelar e interinidad máxima<sup>30</sup>, consiste en la privación de libertad deambulatoria al sujeto que la padece que, conforme dispone el art. 200 LPM, cabe sólo en los casos y formas prescritos en la ley<sup>31</sup>. Nada nombra la LPM en cuanto a si la medida procede o no exclusivamente ante la presunta comisión de un hecho constitutivo de delito, si bien, la LECrim que resulta de aplicación supletoria, expresamente prohíbe la detención por faltas, salvo en el excepcional supuesto de que el presunto reo no tuviere domicilio conocido o diese fianza bastante, en el que contrariamente se admite<sup>32</sup>.

Pero, con ser merecida en este punto la crítica que recibe, no es tan dura ni generalizada como la que recibe la especificidad de la regulación que la norma

---

28 Véase el art. 199.2º, en relación con lo previsto por el art. 111, ambos de la LPM.

29 Art. 201 LPM.

30 En coherencia a esa naturaleza, la legitimidad de su acuerdo depende, pues, de la concurrencia del doble presupuesto que representa la existencia de un título de imputación frente a la persona de quien se presume la participación como autor en un hecho delictivo y que resultar sujeto pasivo de la medida ordenada, y la sospecha de que el mismo tratará de sustraerse a la acción de la Justicia.

31 El silencio de la Norma Constitucional en este punto ha sido interpretado —a nuestro entender, con demasiada ligereza— como una flexibilización de la exigencia, que permite al legislador autorizar, en el ámbito castrense, la detención de militares ante la presunta comisión de simples faltas o infracciones disciplinarias, incluso, por autoridades distintas de la judicial, con la sola exigencia de no ser conducido ante las autoridades policiales según lo dispuesto por el art. 214 LPM, lo cual, no garantiza que la privación de libertad no pueda tener lugar. (Vid. *ad exemplum*, los arts. 45 y 18 de la Ley Disciplinaria Militar española).

32 Véanse los arts. 490 a 492 de la LECrim, frente a la excepción que representa lo dispuesto por el art. 495 de ese mismo texto normativo.

contiene de la detención de «militares», por algunos justificada en las exigencias derivadas de la peculiar naturaleza de la Institución militar y de la índole de las funciones y servicios que tiene encomendados, pero, tachada por muchos de auténtico «privilegio de clase». Según dispone el art. 202 LPM, «en los casos en que proceda la detención de una persona en quien no concurra la condición de militar en actividad, se observarán las normas de la legislación común» frente al muy singular modo en que ha de llevarse a efecto la medida con relación a quienes sí la ostenten; ello, a ojos de buena parte de la doctrina, crea una auténtica desigualdad entre ciudadanos inconciliable con la garantía constitucional refrendada por el art. 14 CE<sup>33</sup>.

Esta singularidad, según se escuchaba en las Primeras Jornadas de los Servicios de los Cuerpos Jurídicos de la defensa, se halla fundamentada en un principio «de honda raigambre en la Institución Castrense: el de que los militares en activo nunca pueden sustraerse a sus mandos naturales y, en consecuencia, no pueden ser detenidos más que por sus jefes<sup>34</sup>, y han de sufrir la detención o prisión preventiva bajo su custodia en establecimientos militares»<sup>35</sup>.

Con independencia de su condición personal, desde el instante en que tiene lugar la detención, nace para quien la padece todo un cuerpo de derechos instrumentales a su defensa y para salvaguarda en el proceso de su libertad

---

33 Véase, por todos, LORCA NAVARRETE, p. 278. Cfr. DE QUEROL LOMBARDEO, p. 1619. En opinión de este autor, lejos de mantener privilegios o vulnerar las normas de igualdad de trato entre reos militares y comunes, esta especial regulación obedece a la necesidad de atender a otros intereses superiores, cuales son el servicio y la disciplina en los Ejércitos; así, justifica medidas como las que contiene el art. 210 LPM según el cual, el militar detenido permanecerá en dependencias u otros establecimientos no militares de detención el tiempo indispensable para la práctica del atestado o diligencias, alegando ser ése, y no más, el tiempo por el que debe mantenerse al detenido, sea o no militar, en esos lugares. Pero, precisamente, por ser garantía común a ambos es por lo que parece intrascendente el que sea custodiado por una u otra autoridad.

34 Según dispone el art. 205 LPM, «la detención de estos últimos, decidida por la Autoridad judicial de cualquier Jurisdicción, miembros del Ministerio Fiscal, Autoridad gubernativa, funcionario o agente, aun cuando sea efectuada conforme dispone el ordenamiento común», habrá de ser ejecutada «a través de sus jefes si estuviera a su alcance inmediato o si no retrasa, con perjuicio grave, la efectividad de la medida»; y, como igualmente señala, «quien practique la detención sin acudir a los Jefes del militar detenido, dará cuenta inmediata a éstos de tal detención, sin perjuicio del derecho y del deber del militar detenido de comunicar inmediatamente con sus superiores, que le confiere el art. 173 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas».

35 Según ordena el art. 208 LPM, será cumplida en el establecimiento penitenciario militar de la localidad donde se produzca la detención y, si no existiera, en otro establecimiento militar, quedando a disposición de quien haya dispuesto su detención y siendo conducido ante el mismo cuantas veces fuere requerido para ello. Véase, asimismo, el art. 209 LPM.

individual contenidos en el art. 520 LECrim<sup>36</sup>. La necesidad de tutelar ciertos bienes o valores esenciales de la comunidad lleva, sin embargo, a restringir la esfera jurídica del detenido como presunto autor de delitos de especial gravedad y, en particular, los relacionados con el terrorismo o la criminalidad organizada; un marco delictivo éste, en el que el legislador entiende justificada la adopción de excepcionales medidas a las que se refiere el art. 520 bis LECrim, que amplían el espacio policial autónomo en detrimento de la reserva jurisdiccional. La facilidad con que pueden hallarse puntos de encuentro entre el delito militar y el que, conforme a la legislación común, integra dicho catálogo, hace obligado entenderlas de aplicación en este otro ámbito procedimental, so pena de caer en el absurdo de conceder al terrorista «un mejor tratamiento procesal-penal» por el sólo hecho de que el ilícito haya de ser conocido por la Jurisdicción militar<sup>37</sup>.

Uno de los efectos derivados de la sujeción de la medida a este extraordinario y más riguroso régimen —al margen del más trascendental consistente en la posibilidad de acordar su cumplimiento en forma incomunicada, que luego se examina— es la posibilidad de ampliar a cinco días el plazo de duración máximo por el que puede ser mantenida una medida absolutamente provisional que, por regla general, no ha de superar las 72 horas<sup>38</sup>. De no haber sido levantada antes, superado ese tiempo, habrá el juez de decidir, bien la puesta en libertad del detenido —para el caso en que se desvanezcan aquellos iniciales indicios de responsabilidad criminal—, bien la transformación de la detención es un medida, quizás, de mayor gravedad, cual es la prisión preventiva<sup>39</sup>, y antes que ésta —por ser menos gravosa— la libertad provisional.

---

36 Corresponde a todo detenido el derecho a que su libertad no sea restringida más de lo indispensable para asegurar el resultado del proceso y personas responsables (art 238, 2 LPM), a que el cumplimiento de la medida tenga lugar en la forma que menos le perjudique (art 238, 1º LPM), a recibir el respeto y consideración debidos (237 LPM,) y a permanecer en la situación de militar mientras no se hallen procesado (236 LPM).

37 DE QUEROL LOMBARDERO, p. 1621.

38 Ello, cuando no son 24 horas las permitidas. Vid. Art. 17 CE, y asimismo, los arts. 496 y 520 de la LECrim.

39 Elogia LORCA NAVARRETE, p. 281, de cuya opinión se hace eco ROJAS CARO, ps. 1623-4, el acierto de esta denominación frente al término «provisional» empleado por la LECrim, por reunir la virtud de enfatizar la naturaleza cautelar y precautoria de la privación de libertad en que la medida consiste, de la que aquél otro carece, siendo únicamente indicativo de una situación de interinidad. En opinión de MORENO CATENA, sin embargo, no tiene sentido hablar de una significación diversa del calificativo «preventiva» que acompaña a la prisión en el ámbito del proceso militar, a diferencia del término «provisional» empleado por el legislador procesal común, pues no pasa de ser una cuestión terminológica, MORENO, p. 524. Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA, (voto particular a la STC de 17 de marzo de 1997).

### C. La prisión preventiva

En tanto resulte preciso el aseguramiento de la disponibilidad del sujeto a los fines del proceso, y en la medida en que lo sea, puede el órgano jurisdiccional militar<sup>40</sup> decidir la privación absoluta de libertad del inculpado que la medida de prisión representa.

A pesar de la contundencia con que se expresa el legislador, su acuerdo no puede entenderse preceptivo ante la concurrencia de los presupuestos que detalla el art. 216 LPM; la hermenéutica que impone el respeto del principio de proporcionalidad, obliga a dar al precepto una lectura distinta: la medida podrá ser decidida ante la presunta comisión de un hecho delictivo al que venga señalada pena superior a seis años de prisión o, siendo su sanción de menor gravedad, si atendidas las circunstancias del delito y las personales y antecedentes del inculpado o por tratarse de hechos que revistan gravedad o peligro en relación con la disciplina o el servicio, el órgano jurisdiccional la estimara conveniente<sup>41</sup>, siempre que concurran motivos bastantes para considerar responsable criminalmente del delito perseguido a la persona contra la que se haya de acordar prisión<sup>42</sup> y, conforme luego se tendrá ocasión de señalar detenidamente, previa instancia de las partes y tras la celebración de una vista en la que se habrá de dar audiencia a los sujetos implicados.

Asimismo, y prescindiendo absolutamente de la penalidad esperada o el resto de circunstancias aludidas, podrá ser acordada la prisión del imputado que, hallándose en libertad, deje de comparecer injustificadamente al llamamiento judicial<sup>43</sup>.

La medida, efectivamente, se traduce en la privación absoluta de la libertad física del inculpado a partir de su ingreso en un Establecimiento penitenciario militar<sup>44</sup> aunque, si éste no existiere en la plaza o en las inmediaciones, podrá ser

---

40 En respuesta a la nota de jurisdiccionalidad que la caracteriza y conforme establece el art. 215 LPM, la prisión atenuada, podrá ser sólo decretada por «el juez o Tribunal que esté conociendo del proceso, el que forme las primeras diligencias, el que actúe por comisión o el que reciba al detenido para su traslado a juez distinto».

41 Si bien, cuando el juez hubiere decretado la prisión en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de 6 años de prisión, podrá según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculpado.

42 Art. 216. 3º LPM

43 Véanse los arts. 216 y 217 de la LPM, de forma paralela a la de los arts. 503 y 504 de la LECRIM.

44 Este es, sin embargo, el lugar de cumplimiento de la medida cautelar de militares en activo o en la reserva en tiempo de paz; en situaciones de estado de sitio o tiempo de guerra, los militares podrán cumplir prisión en la «Unidad de su destino» si por exigencias de la campaña o las

cumplida en acuartelamiento, base o buque que designe la Autoridad militar — donde se cuidará de que el preso observe un régimen equiparable al de los establecimientos militares— y, en su defecto, en un Establecimiento común<sup>45</sup>, pero separado en todo caso del resto de presos<sup>46</sup>; ello, si bien, en el supuesto de que el sometido a prisión reúna la condición de militar, toda vez que quienes carecen de ella cumplirán su prisión en un establecimiento común<sup>47</sup>. Este especial y privilegiado trato, como se imaginará, recibe críticas idénticas a las formuladas en contra de la singularidad de la detención, combatidas por sus partidarios con argumentos también idénticos, que no merecen mayor comentario.

El inculcado no puede ser mantenido en prisión con fines cautelares de forma indefinida<sup>48</sup>; la prisión provisional, según declara el constituyente<sup>49</sup>, vendrá sujeta a un plazo de duración máximo<sup>50</sup> que habrá de ser legalmente fijado<sup>51</sup>. En res-

necesidades del servicio así lo acuerdan los Jefes o Autoridades respectivas. Es más, en lo que parece una auténtica recompensa a la participación del militar en acciones de combate y compensación al riesgo que para su vida ello entraña, el legislador procesal permite liberar al militar que se halle en dichas circunstancias, quien, salvo rebeldía o reincidencia, no podrá ser sujeto nuevamente a ella (Art. 239 LPM). No puede ignorarse que la concesión de esta facultad a los órganos militares puede, efectivamente, dejar sin efecto una orden de la autoridad judicial, para la que pretende hallarse justificación en la mayor conveniencia de la presencia y continuidad del inculcado en el desarrollo de las funciones que el mando designe (Vid. DE QUEROL LOMBARDO, p. 1633). Sólo el argumento esgrimido por MILLÁN GARRIDO, aunque tampoco éste convence del todo, contiene una razón válida para admitir la oportunidad de esta delicada atribución de potestad, cual es la de impedir que la prisión provisional e ingreso en un establecimiento militar sea buscado de propósito para evitar los riesgos de la guerra. (Recoge sus palabras ROJAS CARO, p. 376). A esta razón, sin embargo, puede siempre unirse la que el principio de proporcionalidad impone de preferencia por la libertad provisional como alternativa a la prisión si sirve como aquélla, pero con menor coste, al logro de la finalidad cautelar perseguida.

45 Arts. 219 y 221 y 222, todos ellos de la LPM.

46 Vid. Art. 222.1º LPM, *in fine*.

47 Vid. Art. 223 LPM.

48 CARNELUTTI, p. 45.

49 Su duración, efectivamente, queda en el propio Texto Constitucional sujeta a un doble límite. El primero —señalan ARAGONESES, p. 400 y LORCA NAVARRETE, ps. 282-3— se infiere, tanto del reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia y está presente en los art. 528 LECRIM y 238.II de la LPM —la medida habrá de perjudicar lo menos posible al sujeto que la padece y «restringirse a los límites estrictamente indispensables para asegurar el resultado de las pruebas del proceso y a las personas responsables»— cuanto de la obligación impuesta a toda autoridad pública interviniente en el proceso consistente en dilatar la prisión lo menos posible y de atender de forma prioritaria las causas con preso (Art. 504. III LECRIM). El segundo de los límites se contiene en el art. 17 CE que impide la restricción de la libertad si no es en la forma y por el tiempo absolutamente preciso y prohíbe la prisión provisional más allá de un plazo «máximo».

50 FERNÁNDEZ SEGADO, p. 253; MORENO CATENA, p. 536.

51 Art. 17.4º CE.

puesta a esta exigencia el legislador procesal militar, y con parecida fórmula a la empleada por la LECrim<sup>52</sup>, señala en su art. 218 los plazos de duración de la medida que, sólo extraordinariamente y ante la concurrencia de excepcionales circunstancias podrá ser prorrogado hasta un segundo límite absoluto.

El primero de los límites viene fijado en atención a la naturaleza del delito y gravedad de la pena esperada, y señala tiempos de un año o dos de duración máxima a la prisión preventiva del sujeto al que se imputa un delito castigado con pena máxima de diez años o superior, respectivamente. Su prórroga, sin embargo, exige atender, junto a ese requisito objetivo, al de carácter subjetivo consistente en la apreciación por el juez, en el supuesto de que «por razones excepcionales —que en absoluto se precisan— el proceso no hubiera podido verse antes, de circunstancias que permitan fundadamente suponer que el imputado tratará de sustraerse a la acción de la justicia»<sup>53</sup>. En ese caso, la prisión podrá ser prolongada<sup>54</sup> hasta el límite de dos y cuatro años, respectivamente. Y, asimismo, admite la LPM la posible prórroga de la prisión del condenado por tiempo nunca superior a la mitad de la pena en ella impuesta, en el supuesto de que la sentencia recaída hubiere sido objeto de recurso<sup>55</sup>.

Transcurrido ese tiempo, según se infiere de aquél art. 17.4 CE, al imputado asiste el derecho fundamental a ser puesto en libertad; de ahí que, si el proceso no hubiere llegado a su término<sup>56</sup> y continuara apreciándose el peligro de fuga en la persona en la que concurra, habrá de ser ordenada su sujeción al régimen de libertad provisional no condicionada a la prestación de fianza dineraria alguna<sup>57</sup>. Contrariamente, desvanecido todo indicio de responsabilidad criminal, el sometido a prisión habrá de ser reintegrado en el pleno disfrute de su derecho a la libertad de movimientos<sup>58</sup>.

---

52 Art. 504.4º y 5º LECRIM

53 Art. 218. 2º de la LPM.

54 En cualquier caso, según se desprende de lo expresado por la STC de 22 de mayo de 1996, la prórroga de la prisión hace preciso prestar audiencia al presunto culpable, y al Fiscal Jurídico Militar (Art. 218, II *in fine* LPM); y, aunque nada se dice respecto de la presencia del defensor, ésta parece no sólo conveniente sino necesaria dada la trascendencia de la decisión a adoptar. LORCA NAVARRETE, p. 288. (Cfr. ATC 84/1992, de 23 marzo y, asimismo, el ATC 26 de mayo de 1996).

55 Art. 218 LPM, *in fine*.

56 OSORIO, p. 138; Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, p. 254; SERRANO ALBERCA, p. 382. En este sentido pueden verse las SsTC 206/1991 y 41/1996 de, 12 de marzo.

57 GÁLVEZ MONTES, p. 422; LORCA NAVARRETE, p. 286. Véanse, asimismo, las SSTC 2/1994, 103/1992, de 25 de junio y 127/1984, de 26 de diciembre (FJ 3º).

58 Vid. Art. 528, II LECrim.

#### D. Sobre el extraordinario régimen de detención o prisión incomunicada

Es cierto que, la libertad del inculcado no debe ser restringida más allá de lo estrictamente imprescindible para ver cumplido el fin cautelar que se persigue<sup>59</sup>, pero, no lo es menos que surgida la necesidad de conjurar ciertos riesgos que amenazan el perfecto desarrollo de la instrucción —y, de ese modo, del proceso en su conjunto— tal finalidad precisa ser reforzada; en esas circunstancias y por muy breve tiempo<sup>60</sup>, puede el juez acordar su prisión<sup>61</sup> y, antes que ésta, su detención en forma incomunicada<sup>62</sup>.

La incomunicación se traduce en un encrudecimiento de las condiciones de cumplimiento de la medida cautelar<sup>63</sup> a partir de la restricción de la esfera de derechos del sujeto preso y, muy particularmente, de la facultad de comunicar con el exterior. El silencio de la LPM en cuanto a este extraordinario régimen es prácticamente absoluto, haciendo obligada la remisión a lo previsto en los arts. 506 y ss. de la LECrim. Conforme esta última precisa, el incomunicado gozará de todos los derechos a los que se refiere el art. 520 LECrim y, en especial, del derecho de defensa con las modificaciones señaladas por el art. 527 LECrim; sin embargo, esa afirmación resulta contradicha a la vista de la intensa restricción a la que viene sujeto: mientras permanezca en incomunicación, el detenido o preso quedará privado de la facultad de designar libremente abogado y de mantener con el de oficio entrevistas reservadas, y no podrá comunicar a sus familiares o persona que desee el hecho de su detención y el lugar de custodia<sup>64</sup>.

---

59 De ordinario pues, el sujeto preso no ha de quedar privado de todo contacto y sí por contra, continuar en el ejercicio de sus más elementales derechos, hasta el límite de su incompatibilidad con la finalidad cautelar perseguida. Véanse los arts. 523 y 524 de la LECRIM.

60 Conforme disponen los arts. 506, 7 y 8 de la LECrim, la incomunicación no habrá de superar los 5 días de duración, salvo en el extraordinario supuesto de los delitos de terrorismo en que el plazo se extiende hasta los 8 días o la posibilidad de acordar la prórroga de la medida si la necesidad de evacuar ciertas citas fuera del territorio nacional lo aconsejara.

61 AGUILERA DE PAZ, p. 221; ASENSIO MELLADO, p. 192-3; DE QUEROL Y LOMBARDEO, p. 460.

62 Según declara el art. 224 LPM, el juez o Tribunal puede disponer la incomunicación de sujeto preso con las formalidades previstas en la Ley común. En consecuencia, y por lo que se refiere a su modo de cumplimiento procede la remisión a los art. 506 y ss. de aquél texto. Conforme puede constatarse, el rigor de la medida aumenta. El sujeto incomunicado pierde, aunque por breve tiempo, el disfrute de una suma de derechos y en particular, aquellos que le permiten la relación con el mundo externo al establecimiento en que se encuentra. De aquel recorte se excluyen sus derechos estrictamente procesales cuyo ejercicio queda sin embargo, poderosamente restringido *ex art. 527 de la LECrim*.

63 STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º.

64 Vid. Art. 527 LECrim.

A pesar de la legitimidad de los fines perseguidos con la incomunicación<sup>65</sup>, la intensidad de sus efectos sobre el elemental derecho de defensa y la automaticidad con que, según la letra de la ley, han de operar, llevan a la doctrina<sup>66</sup> a dudar muy seriamente de su ajuste con los postulados constitucionales.

En ocasiones, la privación absoluta o rigurosa de libertad al inculpado resulta excesiva en la misma medida en que mantenerlo en el disfrute —aun con restricciones mínimas— de su libertad, se manifiesta ineficaz o insuficiente; en esos supuestos procede el acuerdo de la «prisión atenuada» cuyo singular régimen de cumplimiento parece mostrarla más que como extraordinaria modalidad de cumplimiento de la prisión preventiva, como medida cautelar autónoma.

### E. La prisión atenuada

Sensible a la necesidad de suavizar, en determinados supuestos, las condiciones de la prisión, el legislador procesal militar abre paso a la posibilidad de decidir esta última en forma atenuada<sup>67</sup>, previa ponderación de ciertas circunstancias<sup>68</sup> — que no especifica<sup>69</sup>— en la persona del inculpado. A diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>70</sup>, que parece condicionar su aplicación a exclusivas razones de enfermedad y ante el riesgo que para la salud del imputado implica el internamiento en prisión<sup>71</sup>, el legislador procesal militar concede al juez enorme

65 A esa finalidad general de evitar la confabulación delictiva que se sospecha existente entre los comunicantes tendente a frustrar el éxito de la investigación (AGUILERA DE PAZ, 221-2; ASENCIO MELLADO, 1987, p. 167; DE QUEROL LOMBARDEO, 460; IBÁÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, p. 201; MORENO CATENA, 1980, p. 147; SALIDO VALLE, p. 4) se añade la muy específica de impedir al presunto terrorista que se halla en prisión —por ser ése, precisamente, el marco delictivo al que la incomunicación viene asociada— el contacto con un defensor ideológicamente afín, que le sirve de enlace con la banda en el exterior, facilita la ocultación de pruebas, su fuga o la preparación o fragua de nuevas acciones delictivas (GÓMEZ COLOMER, ps. 99 y 102).

66 BARONA VILAR, p. 103; FERNÁNDEZ BOIXIADIER, p. 369; LLOBEL MUEDRA, p. 112; RODRÍGUEZ RAMOS, p. 524.

67 La medida puede ser acordada, a instancia del propio imputado, su defensor o de oficio por la Autoridad Judicial. Vid. Art. 225 en relación con el art. 215 de la LPM.

68 Art. 225 de la LPM.

69 Es claro, sin embargo, que su acuerdo exigirá la concurrencia de circunstancias que evidencien la desproporción de la prisión y que «el juicio que forme el juzgador habrá de partir de la consideración de la inexistencia del riesgo contra el que ésta —la prisión preventiva— trata de prevenir». BARONA VILAR, p. 112; PRIETO CASTRO, p. 266.

70 La prisión atenuada nace en el marco de la Jurisdicción castrense —concretamente en el Código de Justicia Militar de 1930— siendo más tarde incorporada a la norma procesal común que le dedica un único precepto, el art. 505.2.º LECRIM que se limita prácticamente a su reconocimiento.

71 Una esfera de aplicación —como bien señalan ARAGONESESES, p. 405 y BARONA, ps. 112 y 114— excesivamente restringida, que la Jurisprudencia no ha dudado en ampliar. Vid. *ad exemplum* el AAN de 8 de enero de 1986.

discrecionalidad de cara a la apreciación de las circunstancias determinantes de su acuerdo<sup>72</sup>, siendo este otro el ámbito jurisdiccional donde la medida ha llegado a alcanzar realidad práctica y a configurarse como autónoma y alternativa a la prisión preventiva<sup>73</sup>.

En realidad, se habla de ella como un «beneficio otorgado al imputado que la Autoridad Judicial castrense puede conceder al militar que, por su ‘honor’, antecedentes y arraigo, se hace acreedor de esta limitada situación de pérdida de su derecho a la libertad»<sup>74</sup>. Su mayor benignidad, según se desprende de lo expresado por los arts. 472 y 473 de la ley republicana de 1931 —a la que parte de la doctrina considera obligado remitirse<sup>75</sup>—, reside en la previsión de un lugar de cumplimiento distinto del Establecimiento Penitenciario y bajo un singular régimen. La medida será cumplida por el militar profesional o paisano<sup>76</sup> en el propio domicilio o, si fuera preciso, en un centro hospitalario; el no profesional habrá de sufrirla, en cambio, en la Unidad a la que pertenezcan<sup>77</sup> o, de necesitarlo, en establecimiento hospitalario militar y sólo excepcionalmente en su domicilio<sup>78</sup>.

El aislamiento del inculcado, sin embargo, disminuye habida cuenta de que, previa autorización del juez o Tribunal que corresponda<sup>79</sup>, puede abandonar el lugar de cumplimiento con fines diversos y, entre otros, el de mantener su actividad profesional acudiendo a su lugar de trabajo y prestando los servicios que le sean encomendados con la obligación, en todo caso, de estar de vuelta en el lugar de internamiento una vez finalizada la actividad laboral; podrá, asimismo, realizar salidas para asistir a servicios religiosos o médicos, si esta última asistencia no pudiera serle prestada en el lugar de cumplimiento y, con enorme elasticidad, «por cualquier otra causa que a juicio del juez Togado o Tribunal resulte justificada»<sup>80</sup>.

---

72 BARONA VILAR, p. 113.

73 LÓPEZ YAGÜES, p. 1812.

74 GIMENO SENDRA, en su voto particular a la STC de 17 de marzo de 1997.

75 Norma ésta que, en opinión de parte de la doctrina, podría entenderse vigente en tanto nunca llegó a ser abrogada. ASENSIO MELLADO, ps. 202-3 y 291; MORENO CATENA, 1980, p. 388. Cfr. MATTES, ps. 37-8. Cfr. BARONA VILAR, 117.

76 Art. 226.1º LPM

77 Unidades, en las que habrán de continuar prestando los servicios que sus Jefes les encomienden. Vid. Art. 226 LPM.

78 Vide art. 226. 2º de la LPM. Considera DE QUEROL LOMBARDEO —y con ello responde a la crítica de LORCA NAVARRETE, p. 292— que este «trato diferenciado» y aparentemente perjudicial para el militar no profesional no es tal, por cuanto, teniendo en cuenta que la prisión no impedirá el desarrollo de la actividad laboral, mientras el militar profesional reside en el lugar de su destino, aquéllos otros, en cambio, prestan servicio en filas en un lugar distinto a su domicilio. p. 1630-1.

79 Art. 227. II LPM

80 Vid. Art. 227 *in fine*.

El quebrantamiento del régimen establecido, según precisa el art 228 LPM, conlleva la revocación de la medida sin perjuicio de la exigencia de responsabilidad que de dicha conducta se derive<sup>81</sup>.

Lo cierto es que, la atenuación de la prisión viene en el marco de la legislación procesal militar concebida como medida cautelar autónoma<sup>82</sup> que, dada la flexibilidad de los presupuestos que han de observarse en su aplicación, se convierte en alternativa o sustitutiva de la prisión preventiva o rigurosa<sup>83</sup>, siendo diversa de la medida cautelar de libertad provisional y más ventajosa, si cabe, que esta otra habida cuenta de que el tiempo padecido en esta situación puede ser abonado y detraído del que haya de cumplirse de privación de libertad con fines punitivos.

#### F. La libertad provisional

Evidenciada la falta de motivos bastantes para justificar la prisión o, a la vista de la desaparición de los presupuestos inicialmente atendidos para determinar su acuerdo, podrá decidirse con idéntico fin cautelar de evitar la huida y asegurar su disposición a la autoridad judicial, la libertad provisional del sometido al proceso. Ahora bien, el hecho de venir regulada como consecuencia de la revisión de una prisión preventiva inicialmente adoptada, no implica que haya de proceder únicamente cuando ésta quede sin efecto.

La medida habrá de ser adoptada *ab initio*, cuando el órgano jurisdiccional no aprecie motivos que justifiquen la prisión y ser mantenida mientras no varíen las circunstancias tenidas en consideración<sup>84</sup>. Se acordará la libertad provisional, según precisa el art. 230 LPM, «cuando no resulten motivos que justifiquen la prisión, o se desvanezcan los que hubieren dado lugar a ella» pero, asimismo, si, permaneciendo el peligro de fuga, el sujeto preso hubiere padecido prisión por un tiempo igual o superior a la pena que pudiese corresponderle o se hubieren agotado sus plazos de duración máxima o, por último, si el Fiscal Jurídico militar en su calificación solicitara la imposición de una pena no privativa de libertad o de esta naturaleza por tiempo inferior al ya sufrido de prisión<sup>85</sup>.

81 Art. 228 LPM

82 En particular, y haciéndose eco de las palabras de RODRÍGUEZ DEVESA, considera MATTES a la prisión atenuada en la jurisdicción militar como «medida cautelar propia, al lado de la prisión preventiva (...) otra ‘situación’ independiente para el procesado a causa de la sospecha de haber cometido un delito». p. 112.

83 BARONA VILAR, 1995, ps. 151 y ss.

84 Esta decisión judicial, que reviste forma de auto, podrá ser reformada de oficio.

85 Vid. Art. 231 LPM.

La medida entraña una restricción del derecho a la libertad personal del inculgado, de menor intensidad que el resto, que se traduce en la obligación de comparecer ante el órgano judicial o la Autoridad o funcionario que éste designe, de forma periódica y con la frecuencia que entienda conveniente, así como el deber de residir en el lugar en el que hayan de seguirse las actuaciones, si no es que se le autoriza a residir en un domicilio distinto. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el marco de la Jurisdicción ordinaria, la LPM prohíbe la fianza como mecanismo de aseguramiento de la comparecencia del imputado a juicio<sup>86</sup>. La adopción de la libertad provisional del inculgado en el marco de la Jurisdicción castrense no puede ser condicionada a la prestación de garantía dineraria, por entenderse «incompatible con el sentimiento del Honor que inspira la conducta de los militares»<sup>87</sup>.

En cualquier caso, el incumplimiento del régimen de libertad que se establezca se resolverá en el internamiento del sujeto en prisión<sup>88</sup>.

## 2. Medidas cautelares de carácter personal en el Código de Justicia Militar peruano

Sobre la base de lo expresado por el art. 2º inc. 24º de la Constitución nacional, la legislación militar peruana<sup>89</sup> arbitra una suma de medidas cautelares restrictivas, en mayor o menor grado, del derecho a la libertad deambulatoria del sujeto pasivo del proceso que ha de seguirse en el marco de la jurisdicción especializada castrense. La «comparecencia», la «detención provisional» y «definitiva», junto a la «libertad provisional» del inculgado son las que acoge la sección IV —título decimotercero del Libro II— del CJM, dotadas de una regulación algo parca y confusa no sólo en cuanto al número, sino en la determinación de los presupuestos legitimadores de su acuerdo que, junto a otros extremos, interesa examinar.

### A. La comparecencia

Guiado por un estricto principio de oficialidad, dispone el art. 522 CJMP que «desde el instante en que el juez militar reciba el auto de apertura de la instruc-

---

86 Art. 234 LPM y, asimismo, lo dispuesto por la STC de 23 de enero de 1996.

87 Vid. STC de 17 de febrero de 1997 y, especialmente, el Voto particular formulado a su fallo por el Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA.

88 Véanse los arts. 230 a 235 de la LPM en relación con los arts. 528 y ss. de la LE CRIM.

89 Libro Segundo, Sección 4º y Título décimo tercero del Código de Justicia militar de 24 de julio de 1980.

ción, habrá de emitir frente al sospechoso una orden de comparecencia o detención provisional»<sup>90</sup>, no sin antes señalar que la denuncia «no puede motivar la detención mientras no haya suficientes datos para considerar responsable al denunciado»<sup>91</sup>.

La comparecencia tiene como fin escuchar al imputado o practicar otras diligencias —que el legislador no especifica— para, en función de sus resultados, elevar la medida a detención definitiva u ordenar su libertad incondicional, esta última, de no apreciarse motivos bastantes para fundamentar la imputación.

#### B. La detención provisional y definitiva

La **detención provisional** del inculpado tiene por objeto recibir a éste «declaración inductiva» y, conforme expresamente señala el art. 523 CJMP, no podrá exceder de 10 días de duración.

Al margen de la crítica que merece lo excesivo del plazo máximo de detención previsto<sup>92</sup>, la finalidad de la medida que se afirma perseguida —aunque lícita en sí misma y compatible con su naturaleza cautelar— no parece bastante para, por sí sola, justificar la privación de libertad en que se traduce, si no es que se interpreta como esencial manifestación del principio de audiencia; no conviene, pues, que el órgano jurisdiccional —según lo expresado por el art. 524 CJMP— no haya de resolver sobre la situación del detenido hasta tanto sea «evacuada la instructoria» o haya transcurrido el plazo máximo de duración previsto.

La declaración del detenido, más que como acto de investigación ha de entenderse medio de defensa, una primera oportunidad brindada de alegar ante las autoridades que la reciban cuantas razones puedan servir a desvirtuar la imputación que no ha de buscarse a toda costa; privar de libertad al sospechoso del delito con la intención de lograrla o agotar aquél plazo en espera de su realización

---

90 En esa disyuntiva, por su menor lesividad y siempre que a la vista de las circunstancias concurrentes no proceda detención, debe el juez citar a comparecer al sospechoso de delito; una medida ésta, equiparable a la «citación para ser oído» del proceso español con la que coincide en el elemento de coerción que representa el ser dictada bajo «apercibimiento de detención» que será efectiva si el obligado a ella no responde al llamamiento judicial. (Art. 522 CJM, en relación con lo dispuesto por el art 144 CPPPer).

91 Vid. Art. 520 CJMP.

92 Es de setenta y dos horas, prorrogables por veinticuatro horas más en los extraordinarios supuestos de terrorismo, el plazo de duración máximo previsto para la «detención», —como medida equivalente— en el ordenamiento jurídico español, que no ha de ser siquiera agotado. (Art. 17.2 CE).

parece inadmisibles<sup>93</sup>, ante el riesgo que genera de obtención de declaraciones guiadas por el propósito de poner fin con prontitud a esa situación y con escasas garantías de verosimilitud. De ahí que, si en ejercicio de su derecho a guardar silencio, el detenido manifiesta su negativa a declarar, lejos de prolongar su detención, debiera el juez decidir en atención a los indicios obrantes y según aprecie o no cargos fundados de culpabilidad, su detención definitiva o inmediata puesta en libertad, la libertad incondicional a la que se refieren los arts. 524 y 537 CJMP, si nada hace sospechar su responsabilidad criminal.

La **detención definitiva**<sup>94</sup> del inculpado habrá de ser decidida mediante orden motivada de la autoridad judicial expresiva de las circunstancias de las que deduce la existencia o inexistencia de motivos bastantes para presumir la autoría del delito por quien ha de padecerla<sup>95</sup>; ello evidencia que, aun cuando la norma parezca terminante en su declaración, no queda el juez vinculado a aplicarla<sup>96</sup>. Para ser legítimo, su acuerdo exige la concurrencia de un doble elemento: la apreciación por el órgano jurisdiccional de datos fehacientes que persuadan de la participación del inculpado en la comisión de un hecho delictivo y, en orden a integrar el *periculum in mora*, que el ilícito venga sancionado con pena de especial gravedad que, sin embargo, no precisa el legislador militar.

Una remisión a lo previsto en el art. 135 del CPPPer de 1991 —antes que interpretar a *contrario sensu* los presupuestos habilitadores de la libertad provisional, configurada como alternativa<sup>97</sup>— lleva a entender procedente la detención si se presume la comisión de un delito doloso sancionado con una pena superior a cuatro años de privación de libertad, como requisito obje-

---

93 Como con acierto sostiene GIMENO, la privación de libertad «no puede ser utilizada como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado». GIMENO SENDRA, 2000, p. 142. De esa misma opinión, PICÓ I JUNOY, p.74.

94 Conforme precisa el art. 525 CJMP, en su resolución, habrá el juez de referirse de modo concreto a las piezas del expediente que evidencien la comprobación de la existencia del delito y la presunción de ser el inculpado responsable del mismo. La falta de motivación bastante en el auto judicial, determinará su nulidad.

95 La medida equivale a la prisión preventiva que conoce la norma procesal española y, como aquélla, implica la privación absoluta de libertad deambulatoria al sujeto pasivo del proceso; una medida de estricta naturaleza cautelar que se asemeja peligrosamente, y de ahí su gravedad, a la pena privativa de libertad en lo que a régimen y lugar de cumplimiento se refiere.

96 «Evacuada la instructiva o vencido el plazo de diez días (...)» prevé expresamente el art. 526 CJMP.

97 La atención a la penalidad prevista por el art. 530 CJMP de reclusión militar —que puede durar de dos días a dos años— o la de un año de prisión —cuando su duración puede oscilar entre 60 días y 20 años— (Art. 26 CJM), amplía enorme y peligrosamente el marco de aplicación de una medida que, por su gravedad, debiera entenderse de aplicación excepcional y subsidiaria.

tivo, unido al subjetivo<sup>98</sup> y discrecional para la autoridad judicial de entender concurrente un peligro de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria<sup>99</sup>.

De resultar cargos fundados acerca de la culpabilidad del encausado y ser la penalidad esperada al delito inferior a la expuesta, pero superior a la que permite el acuerdo de la libertad provisional, se abre en la norma peruana un vacío que precisa ser completado so pena de inclinar la balanza, por defecto, en favor del acuerdo de la que resulta más onerosa.

El Código no contiene medida alternativa alguna distinta de la libertad provisional, cuya aplicación se sujeta a muy estrictas exigencias, por lo que parece obligado el acuerdo de la detención, muy particularmente, en los casos en que, conforme a lo previsto por el art. 536 CJMP, no proceda la libertad provisional cuando, quizás, las circunstancias del caso evidencien que la privación de libertad, por su gravedad, resulta una medida manifiestamente desproporcionada<sup>100</sup>.

Es más, el rigor de la medida aumenta si, siendo fieles al dictado del art. 526 CJM, «la detención lleva consigo la incomunicación del encausado», aunque por un tiempo no superior a 5 días de duración; una incomunicación que, conforme señala el precepto «para ser levantada precisa orden expresa del juez, comunicada por escrito al jefe de la prisión». Ahora bien, entender que la adopción de la medida lleva implícito este extraordinario régimen de cumplimiento —cuando menos, en los momentos iniciales del proceso— parece inadmisibile. La incomunicación no puede sino concebirse como una modalidad agravada y excepcional de detención que sólo puede ser decidida por el órgano jurisdiccional<sup>101</sup> ante la concurrencia de circunstancias igualmente excepcionales y para consecución de un fin —que el legislador militar no explicita— con el que la misma guarde proporcionalidad.

---

98 Elementos ambos que, conforme precisa SAN MARTÍN, han de ser combinados y apreciados conjuntamente de cara a legitimar el mandato de detención, p. 826-8.

99 Corresponderá al juez, en consecuencia, valorar las circunstancias que rodean el caso y al imputado —posibilidad de huir al extranjero, arraigo en el país, familiar y económico, carácter y moralidad —algunos, no del todo acordes con la naturaleza cautelar de la medida) y realizar un ponderado juicio acerca del riesgo de elusión de la acción de la Justicia que concurre en el supuesto en cuestión. ASENCIO MELLADO, ps. 104-5; BARONA VILAR, ps. 58 y 68.; GIMENO SENDRA, 2000, p. 139.

100 Tiene, sin embargo, a la vista el cuadro de las previstas por la legislación procesal común —llamada a suplir sus deficiencias— que, aun cuando no es perfecta, debiera servirle de referente. Esta, sin embargo, es cuestión que se reserva para ser tratada conjuntamente a otras igualmente precisan la atención del legislador.

101 Ello, a excepción de cuanto sucede en el marco de la legislación antiterrorista donde la incomunicación resulta de una decisión policial que habrá de ser comunicada al órgano jurisdiccional y al Ministerio Fiscal (Vid. Art. 12 del Decreto ley N° 15475).

El mismo art. 2º. 24 g) de la Constitución peruana precisa que su acuerdo ha de obedecer a la necesidad de esclarecer un delito y requiere, asimismo, que la forma y duración de la medida se halle legalmente prevista; a ello añade la exigencia dirigida a la autoridad que la decida, de señalar —sin dilación y por escrito— el lugar en el que se encuentre la persona detenida. Conforme a estas pautas, el legislador procesal común indica como finalidad de la misma la satisfacción de las necesidades de la instrucción y para refuerzo de los fines del proceso en su conjunto<sup>102</sup>, y precisa el estatuto jurídico que, mientras se halle incomunicado, corresponde y ha de garantizarse al privado de libertad<sup>103</sup>; un singular *status detentionis* que, esencialmente, coincide con el que en el marco de la legislación especial castrense diseña el art. 526. 3º CJMP.

De lo expresado en una y otra norma se desprende que la incomunicación no ha de impedir que se facilite al detenido todos los auxilios compatibles con el objeto de la medida misma, ni ejecutar personalmente actos jurídicos que no perjudiquen el fin o propósitos con ella perseguidos. Con ese límite podrá el incomunicado disfrutar del derecho a leer libros y revistas o escuchar noticias de libre circulación y difusión; asimismo, ostenta el derecho a recibir la ración alimentaria que le corresponda sin obstáculos y, en garantía de su derecho de defensa, la facultad de mantener comunicación con su defensor sin necesidad de autorización alguna<sup>104</sup>.

La privación de libertad del militar, en condiciones ordinarias, habrá de cumplirse en establecimientos penales militares —y de forma separada respecto de los internos condenados— o, en su defecto —si faltan o son insuficientes los que existen— en la Unidad, buque o establecimiento militar al que pertenezca el encausado; la detención de civiles se cumplirá, en cambio, en penales comunes<sup>105</sup>. A esta singularidad relativa al lugar de cumplimiento de la medida que atiende a la diferente condición del sujeto que la sufre, se añade la también especial previsión que contiene el art. 528 CJMP, referida a la continuidad del detenido en el de-

---

102 Art. 133 Código de Procedimientos Penales de 1940.

103 El CPPPer de 1991 admite la incomunicación en sede policial (Art. 107 *in fine*) —y no exclusivamente en la judicial prevista por el Código de 1940— consciente de que su acuerdo tiene mayor sentido, precisamente, en las primeras actuaciones procedimentales. AGUILERA DE PAZ, p. 221; DE QUEROL Y LOMBARDEO, p. 460.

104 El reconocimiento al imputado preso, aun incomunicado, del derecho a comunicar libremente con su defensor resulta una garantía esencial —ignorada por el legislador procesal español, que comete el imperdonable error de no excluir de la prohibición el contacto reservado que el sometido a prisión precisa mantener con la persona que ha de prestarle asistencia y defensa técnica— cuya ausencia, como bien señala SAN MARTÍN, p. 835, entraña el menoscabo de su derecho de defensa en colisión con lo previsto por el art. 8.2º de la CADH.

105 Art. 527 CJMP.

sarrollo de ciertas tareas encomendadas por sus superiores, distintas, nuevamente, en función de calidad del sujeto que interviene<sup>106</sup>.

En cualquier caso, si como resultado de las investigaciones entiende el juez que la suma de indicios delictivos inicialmente atendidos se desvanecen, habrá de ordenar de inmediato la libertad incondicional del sospechoso mediante auto al que, si la causa se hallare concluida, acompañará una decisión de sobreseimiento de las actuaciones y un mandamiento de excarcelación, que no podrá ser llevada a efecto si la resolución es apelada y entre tanto se resuelva<sup>107</sup>.

Si el riesgo de fuga inicialmente apreciado y que condujo a la detención no llega desvanecerse, pero, disminuye sustancialmente, la medida habrá de ser sustituida por la de menor intensidad que representa la libertad provisional.

### **C. La libertad provisional**

Es medida que, según parece deducirse de lo expresado por el art. 530 CJMP, ha de operar como alternativa a la absoluta privación de libertad del encausado cuando «las pruebas actuadas modifican sustancialmente las condiciones de culpabilidad motivadoras de su detención y permiten presumir fundadamente su inculpabilidad». Ello lleva a cuestionarse si esa previa situación de detención del inculcado es o no presupuesto necesario para el acuerdo, esto es, si puede o no el órgano jurisdiccional *ab initio* y en atención a las circunstancias que rodean el caso, ordenar su libertad provisional de entenderla idónea y proporcionada al fin cautelar perseguido.

Se trata, en definitiva, de dar respuesta a la duda de si entre la decisión de prisión o libertad absoluta, queda o no espacio al acuerdo por el órgano jurisdiccional —y no sólo a instancia de parte, como a primera vista parece— desde el mismo instante de la comparecencia<sup>108</sup> y por resultar de la instructiva indicios de criminalidad contra el acusado, de esta otra medida cautelar que entraña un menor recorte de la esfera de libertad del sometido al proceso.

---

106 Los militares de tropa, según dispone este último precepto, serán necesariamente empleados en los trabajos que disponga el Jefe de la Unidad o establecimiento penal, siempre que sean compatibles con su situación; sin embargo, deja a discreción de tales mandos el atribuir labores de índole estrictamente militar y, según precisa, «compatibles con su jerarquía y seguridad personal» a aquellos detenidos que ostenten el rango de Oficiales; éstos otros, quedarán privados de mando.

107 Vid. Art. 537 CJMP.

108 Momento en que, conforme al art. 524 CJMP —recuérdese— habrá de decidir la detención definitiva o la libertad incondicional del inculcado.

Si se atiende a la letra de los preceptos que el legislador le dedica, la cuestión se resuelve sin dificultad, pero, en el sentido opuesto al que parece más acertado. La simple alusión, en el art. 529 CJMP, al «inculcado contra el que se haya dictado detención definitiva» como legitimado para solicitar la medida que, según detalla, «procede» ante «una modificación sustancial de las condiciones de culpabilidad que motivaron su detención» evidencia su configuración como sustitutiva de esta otra medida de mayor gravedad<sup>109</sup>; a ello se añade que, mientras la referencia es explícita a la iniciativa de parte en la solicitud<sup>110</sup>, la norma silencia una posible actuación del juez de oficio. El legislador señala las autoridades judiciales competentes para recibir y resolver la solicitud, alude al «auto concesorio o denegatorio» de la misma<sup>111</sup> y precisa, por último, que la decisión puede ser revocada «por quien la concedió»<sup>112</sup>.

Sin embargo, entender que la libertad provisional procede únicamente frente a quien se halle sometido a detención y en lugar de esta otra, y sólo si él mismo la solicita, parece inadmisibles por lo que ello puede entrañar de renuncia, en determinados supuestos, a la medida que con menor coste puede servir a la satisfacción de la finalidad cautelar perseguida<sup>113</sup>. Sorprende, y no gratamente, que el legislador deje a la iniciativa del juez la decisión de privar absolutamente de libertad al inculcado y aluda a la necesaria instancia de parte cuando se trata de favorecer su posición en el proceso<sup>114</sup>. Reconocer al órgano jurisdiccional potestad para, *ex officio*, situar al inculcado en prisión y privarle de ella para decidir frente al mismo una medida cautelar de menor incidencia sobre el bien funda-

---

109 Esto último parece desprenderse de las palabras de GÓMEZ MENDOZA cuando expresamente declara que «este beneficio, asiste a todo inculcado contra quien se halla dictado detención definitiva», p. 103.

110 El incidente de libertad —que será tramitado en cuaderno separado— comienza con una petición que habrá de dirigirse al juez instructor o al Consejo; dentro del día siguiente a su presentación, la solicitud será remitida al Fiscal, quien la devolverá dentro del mismo término, debiendo resolverse la petición dentro esas 24 horas. El auto que conceda o deniegue la libertad es apelable, quedando aplazada la excarcelación hasta tanto se resuelva. (Art. 531 CJMP).

111 Vid. Art. 531.3º CJMP.

112 Art. 535 CJMP.

113 «El beneficio —y por qué no, derecho— de libertad provisional de los militares y policías inculcados», afirma GÓMEZ MENDOZA, «constituye una garantía procesal para los Derechos Humanos consagrados en la Constitución y en la ley», p. 105; razón de más, pues, para que el legislador futuro reconozca abiertamente las más amplias posibilidades de acuerdo.

114 Dispone, en cambio, el art. 539.5º LECrim, que «siempre que el juez entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a petición de parte»; un precepto éste, a nuestro entender acertado, que los legisladores militares español y peruano debieran incorporar a su articulado.

mental de libertad, ciertamente, resulta un absurdo que puede corregirse mediante una interpretación de la norma en el sentido propuesto.

En cualquier caso, la procedencia de la libertad provisional viene condicionada a la concurrencia de ciertos presupuestos que señala el art. 530 CJMP, en esencia, el que el delito que se presume cometido «no merezca pena mayor que la de reclusión militar o la de un año de prisión y en los sancionados con pena de prisión de mayor duración, que las pruebas actuadas modifiquen sustancialmente las condiciones de culpabilidad que motivaron su detención y permitan presumir fundadamente su inculpabilidad»<sup>115</sup>; no procederá, en cambio, aun cuando la penalidad a imponer lo permita, si concurren las circunstancias a las que se refiere el art. 536 CJMP.

Con arreglo a este último precepto, la libertad provisional no podrá ser acordada en supuestos de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado que lleven consigo responsabilidad civil, mientras el encausado no reintegre la cantidad defraudada<sup>116</sup> o preste fianza bastante<sup>117</sup>, ni procederá si fuere éste reincidente<sup>118</sup>, reintegrante o prófugo, no hubiere acatado la orden de detención; por último —y, a partir de una fórmula tan elástica cuanto peligrosa— excluye el precepto su

---

115 La expresión empleada por el legislador en referencia —queremos entender— al supuesto de que pierdan fuerza los motivos en un principio determinantes de la detención del sospechoso, no parece muy acertada. Si, efectivamente, apreciara el juez datos o circunstancias que desvirtúan la imputación formulada, no es ya la libertad provisional la medida a acordar o cualquiera otra, sino antes, su libertad incondicional. Sólo una imputación fundada y de relevancia legítima la adopción de una medida cautelar que, además, ha de superar un estricto juicio de proporcionalidad. Más adecuado parece entender que la norma alude a aquellos casos en que, mediando sospecha delictiva, el peligro de fuga inicialmente apreciado por el juzgador en la persona del inculcado se debilita a partir de una transformación sustancial de las condiciones que le llevaron a presumir que trataría de sustraer a la acción de la Justicia.

116 (Art. 536 CJMP). Ahora bien, condicionar la concesión de libertad provisional al «reintegro de la cantidad defraudada» hace obligado partir de una premisa difícilmente compatible con la presunción de inocencia —que, en tanto no venga desvirtuada, ha de operar en favor del imputado— cual es la certeza de la existencia de cantidades «defraudadas» que sólo la sentencia declara.

117 La fianza a la que se refiere la norma peruana no parece orientada al fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que el régimen de libertad provisional entraña sino la responsabilidad civil que nace del delito, pero, es claro que de prestarse evita la privación de libertad que supone la detención de ahí lo importante de su proporcionalidad a las circunstancias económicas y personales del inculcado, al modo en que lo hace, en la LECrim, la fianza que acompaña, en ocasiones, el acuerdo de esta medida. A diferencia de una y otra, la norma procesal militar española establece la prohibición de fijar fianza que permita al militar eludir la prisión, siendo la singular «prisión atenuada» examinada antes, la medida que ha venido a cubrir el vacío que ésta deja.

118 La alusión del precepto a la «reincidencia» del presunto autor merece la misma crítica de incompatibilidad con la presunción de inocencia formulada antes.

aplicación en el resto de «casos en los que las leyes prohíban la concesión de este beneficio».

En cuanto al concreto régimen al que la medida sujeta a quien la padece, tras anunciar que será el propio juez que la decida quien fijará «las reglas de conducta a observar»<sup>119</sup>, el legislador —en el art. 532 CMJP y sin demasiado detalle— se refiere al que resulta ser su contenido. No ha de ignorarse que, a pesar de lo sugerente del título dado a aquélla disposición —«procesado libre»— la medida restringe la esfera de libertad del sometido al proceso al obligarle a permanecer en el lugar en que se sigan las actuaciones y comparecer ante el Instructor cuándo y dónde se le señale<sup>120</sup>, a no ser que se decida su traslado al lugar de residencia o trabajo, sin exención de la exigencia de comparecer en el sitio, día y hora que se determine, ante una autoridad comisionada a tal efecto. El incumplimiento por el inculcado de esta obligación de comparecencia viene conminado con la «cancelación de la libertad provisional de la que viniera gozando»<sup>121</sup>.

Ahora bien, esta decisión de mantener en libertad al inculcado durante el curso del proceso no es en absoluto irrevocable. En cualquier estado de la causa, y siempre que existan motivos fundados para ello, la medida podrá ser levantada y sustituida por una distinta —de menor o mayor intensidad, en función de los indicios obrantes— o reemplazada, definitivamente, por la puesta en libertad sin condiciones, si llega a desvanecerse toda presunción de responsabilidad sobre la persona inicialmente imputada.

#### **IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS ASPECTOS MÁS SINGULARES DE LA REGULACIÓN DE UNO Y OTRO ORDENAMIENTO**

La singularidad que caracteriza al orden jurisdiccional castrense y sirve, aunque no a gusto de todos, a la justificación de su propia existencia, parece traducirse en la introducción en el proceso de ciertas peculiaridades en relativo detrimento de las garantías que rodean a la libertad personal del inculcado<sup>122</sup>; y , sucede así a

---

119 Art. 531, 4º CJMP.

120 Véase lo dispuesto por el art. 532 CJMP.

121 Art. 534 CJMP.

122 Particularidades que, según señalaba la STC 97/1985 de 29 de julio, encuentran justificación en el especial «carácter de la disciplina y las necesidades del servicio». En acertada opinión de PÉREZ ESTEBAN, sin embargo, disciplina y jerarquía han dejado de ser argumentos en el ámbito judicial militar al amparo de los cuales pueda impedirse el ejercicio de las facultades que consagran los arts. 24 y 14 del Texto Constitucional español, p. 518.

pesar de que, más allá de «las exigencias de la disciplina militar (...) tales garantías no han de ser menores que las que se reconocen en el ámbito de la jurisdicción ordinaria»<sup>123</sup>. Conforme recientemente ha señalado el máximo intérprete constitucional español, ese principio —el de disciplina militar— «no debe extravasarse su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es un instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones» y «aun cuando el sustanciado por la jurisdicción castrense en averiguación y castigo de delitos y faltas ofrezca algunas peculiaridades» éstas deberán atenerse en todo caso y «estar reguladas de acuerdo a los principios de la Constitución»<sup>124</sup>.

Si, en su conjunto, el proceso debe corresponderse con la Carta Suprema<sup>125</sup>, la necesidad ajustar a ella la materia relativa a la privación de libertad del inculpado con fines cautelares durante la tramitación de la causa, no puede ser más clara. Como con acierto ha señalado Ramos, el sistema de medidas cautelares «debiera ser mero desarrollo de las previsiones constitucionales» y respetar su mismo espíritu; pero, lamentablemente, los legisladores procesales no siempre tienen puesta la vista en ellas<sup>126</sup>.

Conforme se ha evidenciado, tanto la norma militar española cuanto la peruana tienen su referente en la legislación procesal común propia, a la que se remiten para integrar sus vacíos, pero, de la que heredan no sólo aciertos sino alguno de sus muchos desatinos<sup>127</sup>. Aunque en distinto grado, ambos Ordenamientos padecen importantes deficiencias en lo relativo a la materia cautelar de naturaleza personal que, por su número, detallar aquí requiera no espacio suficiente en estas páginas. La intención de no superar las que conviene a este estudio aconsejaba, pues, traer aquí y valorar críticamente las que resultan de mayor relevancia.

En primer término conviene evidenciar una diferencia esencial entre ambas regulaciones, relativa al régimen al que ha de ajustarse el acuerdo de las distintas medidas previstas. A pesar de su silencio —y merced a la aplicación supletoria de la LECrim que ordena la DA 1ª LPM— debe entenderse que, sólo a instancia de parte y previa audiencia en una vista al sujeto afectado, puede generalmente el juez ordenar la privación de libertad del inculpado<sup>128</sup>. Esta consideración viene

123 Vid. STS de, 22 de mayo de 1996 (Sala 5ª)

124 STC 115/2001, de 10 de mayo.

125 MORENO CATENA, 2000, p. 1669.

126 RAMOS MÉNDEZ, p. 302.

127 Ya en los debates parlamentarios de la LPM española se denunciaba —lo hacía, en particular, el Sr. Canellas Fons— que la norma militar que pretendía aprobarse, no era sino copia de otra —la LECrim— necesitada de urgente reforma, de suerte que nacía ya defectuosa. Vid. Sesiones del Congreso, de 15 de diciembre de 1988, núm. 160.

128 Sólo excepcionalmente se admite la iniciativa del órgano jurisdiccional en el acuerdo de la

avalada por el mismo TS al precisar, en su sentencia de 22 de mayo de 1996, que «la nueva normativa reguladora de la prisión preventiva que introduce la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado, resulta de aplicación al proceso penal castrense»<sup>129</sup>. Y, en verdad, no existen motivos justificados para establecer diferencias entre las normas que han de regir la medida según el delito imputado a la persona que la padece sea común o militar, por lo que los art. 504 bis y 539 de la LECrim, en tanto precisan la forma en que el sujeto puede ser privado cautelarmente de libertad, habrán de ser observados a los efectos de aplicar la prisión preventiva del encartado en este otro ámbito procesal.<sup>130</sup>

Se echa de menos, sin embargo, una previsión semejante no sólo en el Código de Justicia militar, sino en el mismo Código procesal penal peruano, en el que la materia cautelar viene informada por un estricto principio de oficialidad<sup>131</sup>. Es más, sorprende especialmente que el legislador militar aluda a un incidente de «libertad» que ha de ser instado por el sometido a prisión para, de ser apreciada por el juez la concurrencia de las condiciones que se señalan, transformar la detención en una medida cautelar menos intensa, cual es la libertad provisional y, sin embargo, no exija la iniciativa del órgano de la acusación de cara a adoptar la decisión opuesta que implica la agravación de la situación personal del inculcado que representa la detención definitiva.

---

medida. Conforme prevé el art. 539.4º LECrim, «si a juicio del juez concurriere riesgo de fuga, procederá a dictar auto (...) incluso de prisión (...) pero debiendo convocar para dentro de las setenta y dos horas siguientes a la indicada convocatoria».

129 La remisión a la LECrim por la DA 1ª de la LPM —unida a la referencia genérica que se contiene en el art. 153— no permita, quizás, afirmar una plena afectación de la reforma a este otro ámbito procesal, pero, a la vista del incremento de garantías en favor de la libertad del inculcado que representa, parece obligado hacerlo. Vid. STS 22 de mayo de 1996 (Sala 5ª), (FJ 2º y 3º). Como bien sostiene MORENO CATENA, la limitación de la iniciativa judicial en que se traduce «se equilibra con la instauración de los beneficios del contradictorio, sin perjuicio del carácter reformable de las medidas cautelares adoptadas durante todo el curso de la causa». Vid. MORENO CATENA, 2000, p. 1740.

130 En cuanto a la convocatoria y forma de celebración de la audiencia para el acuerdo de la prisión o libertad provisional del imputado, véase MORENO CATENA, 2000, ps. 1741-6.

131 (Vid. *ad exemplum*, los arts. 133 y 155 CPPPer 1991). Esta opción del legislador contenta a quienes consideran que la adopción de medidas de esta naturaleza persigue garantizar la efectividad de la potestad jurisdiccional que no es sino concreción de la potestad punitiva estatal y, en consecuencia, entienden razonable y justificado que la misma resulte un deber de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, parecen ignorar los riesgos que se derivan del acuerdo ex officio e *inaudita parte* de graves medidas limitativas de la libertad personal y, en particular, el menoscabo que ello entraña a la contradicción y defensa procesal del inculcado frente al peligro de arbitrariedad en la toma de decisiones por el órgano jurisdiccional. Cfr. SAN MARTÍN, ps. 781-2.

Coinciden, sin embargo, las normas española y la peruana, y no es de elogiar, en el arbitro de medidas cautelares análogas —la prisión preventiva en la LPM, la detención en el CJMP, en régimen de incomunicación o sin ella— que, lejos de lo que su gravedad aconseja, ocupan un lugar protagonista en el conjunto; medidas de absoluta privación de libertad del aun inocente que, aun siendo provisional, genera en él efectos tan graves como si fuera definitiva<sup>132</sup>.

Sensible a esta realidad, el alto TC español se apresuraba a afirmar que la prisión provisional sólo puede reconocerse legítima —compatible, pues, con el derecho a ser presumido inocente que ambos Ordenamientos consagran— si, tanto en su adopción como en su mantenimiento se concibe como una «medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a fines legítimos» que se resumen en la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y la ejecución del fallo<sup>133</sup>. «Sin ese fin —según precisa— no cabe justificación alguna del sacrificio de libertad que supone la prisión, ni es posible, por ello, la aprobación constitucional de la misma»<sup>134</sup>.

Haciéndose eco de este pronunciamiento, en su sentencia de 17 de febrero de 2000 (FJ 5º), el máximo intérprete constitucional ha puesto en jaque al legislador procesal español, al que no perdona el que la norma no exija «la presencia de un fin legítimo (...) ni determine cuáles (...) permiten acordarla, ni, por lo tanto, que éstos se expresen en la resolución que la acuerde». La LECrim y, en particular, los arts. 503 y 504 de los que parecen copia los arts. 216 y 217 de la LPM, vulneran el art. 17 de la CE, «por lo que se está en el supuesto del art. 55.2 LOTC» referido a la cuestión de inconstitucionalidad que podría culminar en su expulsión del Ordenamiento.

No es más favorable el juicio que merece el CJMP donde puede apreciarse ese mismo defecto de falta de alusión a los fines a los que ha de servir la detención y con arreglo a los cuales puede entenderse proporcionada y legítima la privación del bien esencial de libertad del inculpado antes de juicio<sup>135</sup>. El sistema

---

132 «Por más que se insista en las diferencias que las separan por razón de su respectiva naturaleza y fines» como bien advertía CARNELUTTI, «la prisión preventiva y punitiva se resuelven en un privación de libertad» (Cit. MORENO CATENA, 1980, p. 640).

133 STC 128/1995 y, en la más reciente y trascendental, STC de 17 de febrero de 2000. Parte de la doctrina, sin embargo, duda que el peligro de ocultamiento u oscurecimiento de la prueba pueda legitimar la adopción de la prisión provisional. Véase, por todos, GIMENO SENDRA, 2000, ps. 129 y 142.

134 STC 66/1997 (FJ 6º).

135 No descuida la norma, en cambio —y es digno de mención— la exigencia de decisión judicial motivada y expresiva de las razones de entre las legalmente previstas que llevan a adoptar la restricción del derecho a la libertad personal (Art. 525 CJMP). Téngase presente que, como

constitucional peruano, según señala San Martín, «no ha reconocido como fundamento razonable para justificarla (...) el entorpecimiento de la investigación»; la función de la «detención preventiva» parece reducirse, pues, al fin esencial y estrictamente cautelar de impedir la fuga del imputado, esto es, garantizar la ejecución de la futura pena corporal al que puede acompañar el de asegurar la instrucción, en aras de su efectividad, pero no autónomamente<sup>136</sup>.

Es inadmisibles, en cualquier caso, perseguir con ella fines punitivos o de anticipación de la pena ni, por supuesto, el fin de impulsar la instrucción sumarial propiciando la obtención de pruebas o declaraciones de los inculpados<sup>137</sup>. Únicamente si resulta indispensable<sup>138</sup> a la consecución de aquella finalidad cautelar, la prisión del imputado en espera de juicio puede alcanzar legitimidad desde el punto de vista constitucional. Su aplicación habrá de excluirse, pues, si ese mismo fin puede lograrse a partir de una medida distinta, igualmente eficaz pero de menor intensidad lesiva<sup>139</sup>, gobernada por los principios de provisionalidad y proporcionalidad<sup>140</sup>. Sin embargo, a esa exigencia no responden —o lo hacen débilmente— una y otra de las legislaciones contrastadas.

Aparentemente, al margen de la libertad provisional, la LPM española no arbitra medida alguna sustitutiva de la prisión preventiva, por su misma eficacia pero menor onerosidad. Sin embargo, el espacio intermedio entre ambas parece

---

bien advierte el TC español, la falta o insuficiencia de motivación «afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante de la privación de libertad» (STC 128/1995, FJ 4º).

136 Resulta al autor «difícil pensar que el imputado pueda producir más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación». SAN MARTÍN, p. 820. Y, en verdad, razones para rechazar que la medida pueda venir acordada con el objeto único de evitar la ocultación o alteración de pruebas —el «perturbar la actividad probatoria» al que se refiere el art. 135.3 del CPPer 1991— no faltan. Con ella pueden, efectivamente, asegurarse fuentes o elementos probatorios en contra del inculgado conducente al conocimiento del delito y castigo de su autor; pero, no ha de ignorarse que la privación de libertad entraña una drástica reducción de las posibilidades defensivas del sujeto que la padece y de obtención, así, de elementos de prueba bastantes para neutralizar la imputación formulada en contra, que habría de ser tenida en consideración.

137 Fines todos ellos expresamente rechazados, por ilegítimos, por el TC en su sentencia 128/1995, de 26 de julio (FJ 3º).

138 Indispensable, entendiéndose, para asegurar el sometimiento del inculcado a disposición de la autoridad judicial y el perfecto desenvolvimiento del proceso, en garantía del cumplimiento de la pena que pueda venir impuesta.

139 La desmoralización del preso, su envilecimiento y desconfianza, son algunos de los efectos que la prisión genera sobre el sujeto que la padece, apuntados por el autor que se ha manifestado como su más serio y radical detractor, el italiano CARRARA, p. 300-1.

140 STC 71/1994, de 3 de marzo.

ocupado por la que, a la vista de su singular régimen<sup>141</sup>, difícilmente puede encasillarse como una simple modalidad de prisión; y es que, más allá de su *nomen iuris*, la «prisión atenuada» ocupa en el marco del proceso penal castrense un espacio propio equidistante entre la privación y la libertad «relativa» que la convierten en alternativa a la primera y, en ocasiones, mejor solución que la absoluta libertad del presunto responsable del delito<sup>142</sup>.

Esta medida, en realidad, no es extraña al legislador procesal común peruano que prevé la «comparecencia restrictiva»<sup>143</sup> y, muy especialmente, la «comparecencia facultativa» de aplicación para el caso en que no proceda la anterior ni corresponda «detención» semejante a aquella en su régimen de cumplimiento que, si no es que se acuerda sólo una de ellas, resulta de una combinación de las restricciones a las que alude el art. 143 CPPPer<sup>144</sup> con arreglo al principio de proporcionalidad. El legislador militar, sin embargo, las ignora cuando podría servirse de ellas para solucionar el grave dilema prisión-libertad del inculcado al que en cada causa se enfrenta. Si a ello se añade el estrecho margen que deja al acuerdo de la medida de libertad provisional<sup>145</sup>, lamentablemente, la «detención» acaba imponiéndose en este marco jurisdiccional como primera medida cautelar, cuya regulación en el CJMP no escapa a la crítica por una razón más a añadir a las anteriores.

La norma castrense no limita la duración de la medida a plazo alguno distinto del que se derive de las necesidades y fines del proceso; sí lo hace el Código

---

141 La medida, como acertadamente señalaba RUIZ VADILLO, «se cumple en prisión, pero en régimen de amplia aunque relativa libertad». Vid. Voto particular formulado al fallo de la STC de 17 de marzo de 1997.

142 No se olvide, asimismo, que la prisión preventiva no puede en este ámbito jurisdiccional ser eludida mediante la prestación de fianza dineraria, por venir absolutamente prohibida por el art. 234 LPM.

143 Medida ésta, de obligatorio acuerdo cuando se trate de imputados valetudinarios, esto es, mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave y siempre que pueda razonablemente evitarse el peligro de fuga, cuyo cumplimiento tiene lugar en el propio domicilio o en uno distinto señalado por el juez. (Art. 143 CPPPer 1991).

144 Se refiere el precepto, concretamente, a la detención o estancia domiciliaria, la vigilancia de individuos o instituciones, la orden de comparecencia periódica ante el órgano jurisdiccional o la de no ausentarse, la prohibición de comunicar con determinadas personas y la imposición de una caución económica.

145 Sobre el peligro que representa la discrecionalidad judicial en la apreciación de los presupuestos legitimadores de la privación cautelar de libertad del inculcado o, alternativamente, su libertad provisional, es interesante el razonamiento que lleva a VÁZQUEZ SOTELLO (ps. 56 y 61) a concluir que «en puridad, discrecionalidad no existe allá donde cabe impugnación jurisdiccional de la decisión inicialmente adoptada». Que el art. 138 CPPPer 1991 no silencie esa garantía del justiciable es positivo, pero, no basta.

Procesal penal<sup>146</sup> —al que habrá de remitirse— mediante el establecimiento de plazos máximos por los que puede el inculcado ser mantenido en prisión. No estaría de más, pues, su fijación —conforme al criterio de proporcionalidad con la pena esperada que emplea el legislador común— por muy *contra natura* que pueda parecer esta operación<sup>147</sup>, a la vista de la excesiva dilación de las causas criminales<sup>148</sup> y en un intento de evitar que el inculcado resulte víctima de un aparato judicial inadecuado<sup>149</sup> que le lleve a padecer prisión por un tiempo, quizás, superior al de la pena a la que finalmente resulte condenado<sup>150</sup>.

A esa misma intención de no sacrificar en exceso el derecho a la libertad del inculcado —o, cuando menos, compensar el sacrificio a la misma en que, por su relativa identidad con la pena, se traduce la detención<sup>151</sup>— obedece la previsión de la LPM española relativa al cómputo y posibilidad de abono del tiempo padecido en prisión cautelar sobre el que ha de cumplirse con fines punitivos<sup>152</sup>. Una garantía que no contempla el legislador militar peruano, y es de justicia que se incluya como punto esencial de la reforma de esta normativa a la que desde estas páginas se le anima.

También en el marco del Ordenamiento procesal penal español está pendiente una reforma global de la materia relativa a la protección cautelar de carácter

---

146 Art. 137 CPPPer —modificado por Decreto Ley 25824, de 9 de noviembre de 1992, en vigor desde el día siguiente— de esquema muy semejante al seguido por los arts. 504 y 218 de la LECrim y la LPM española, respectivamente. Un sistema de plazos del que se excluyen los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, traición a la patria —con finalidad terrorista— según Decreto Ley, núm. 25916.

147 BARONA VILAR, 126.

148 Sobre el particular, véase SCHÖCH, p. 323.

149 FERNÁNDEZ SEGADO, p. 254; GÓMEZ ORBANEJA, p. 211; OSORIO, p. 138; SERRANO ALBERCA, p. 382.

150 Digna de elogio es la preocupación —cuando menos aparente— del legislador español por reparar el daño causado por una prisión injustamente padecida —si, llegado el proceso a su fin, resulta la absolución del que se presumió responsable del delito— a través de una fórmula que, dada la infungibilidad del bien esencial de libertad menoscabado, no puede ser ya otra que la indemnización económica al perjudicado; pero, mayor es el aplauso que merece la generosa interpretación que de esta previsión viene llevando a cabo la Jurisprudencia para dar cabida en ella al mayor número de supuestos. Véanse los arts. 294 LOPJ y 121 CE.

151 RAMAJOLI, ps. 555 y 561.

152 «Cualquier fórmula anticipatoria de la pena principal —sostiene RAMOS MÉNDEZ, p. 266— sigue siendo una privación de libertad». La prisión provisional, en opinión de la doctrina —y, en particular de CARRRARA, que se refiere a ella como «tirocinio de perversión moral» (p. 300) y de PICATOSTE BOBILLO que no duda en calificarla de ilegítima e inadmisibles por razón de la «insobornabilidad de la presunción de inocencia» (p. 25)— resulta un «mal», si bien necesario —como señala ROBERT, ps. 10 y 11— y a juicio de buena parte de ella «irremplazable». En este sentido se pronuncia MAISTRE DU CHAMBON, para quien la prisión provisional resulta una incongruencia procesal, indispensable, pero incongruencia en cualquier caso, p. 67.

personal que, en consonancia con la experimentada en el ámbito punitivo, desplace a la prisión del lugar preferente que viene ocupando y de entrada a medidas alternativas que conjuguen a la perfección la necesidad de salvaguardar el derecho y valor superior de libertad con la de aseguramiento del proceso.

Evitar que medidas de estricta naturaleza cautelar funcionen como penas anticipadas o a cuenta es un fin de primer orden al que debieran orientar su actuación los legisladores procesales español y peruano sin retardo, ante lo acuciante y la gravedad de los problemas que derivan de su muy descuidada regulación en uno y otro Ordenamiento.