

Análisis del principio constitucional de inaplicabilidad por analogía y las infracciones penales en el fuero privativo: perspectivas constitucionales y jurídicas

Analysis of the constitutional principle of inapplicability by analogy and criminal offenses in the private jurisdiction: constitutional and legal perspectives

Marlan Jonas Landio Apaza  
Universidad Autónoma del Perú  
[landiojonas@gmail.com](mailto:landiojonas@gmail.com)  
[mlandio@autonoma.edu.pe](mailto:mlandio@autonoma.edu.pe)

Recibido el: 12.03.2024

Aceptado el: 12.10.2024

## Resumen

Este artículo examina el principio constitucional de inaplicabilidad por analogía en relación con las infracciones penales dentro del Fuero Privativo (Militar-Policial) en Perú. Se analiza la interpretación extensiva de estos tipos penales, conocidos como delitos de función, y especialmente el uso de la prohibición de analogía *in malam partem* en su definición.

Se destaca la necesidad de una definición precisa de estos delitos para evitar conflictos con la legislación peruana, evaluando la interpretación analógica realizada por la jurisdicción extraordinaria a través de la doctrina del Fuero Privativo, como se materializa en el Acuerdo Doctrinal sobre justicia penal militar-policial 005-2017/FMP.

Este acuerdo define el delito de función mediante analogías con normas administrativas y pensionarias, interpretación que podría vulnerar el principio constitucional de inaplicabilidad por analogía contra reo.

En resumen, este artículo busca promover el respeto al principio constitucional de inaplicabilidad por analogía en las infracciones penales militar-policiales, especialmente en su definición, con el objetivo de evitar violaciones de derechos constitucionales, como la libertad personal.

Palabras clave: Inaplicación por analogía, infracción penal, militar-policial y Fuero Privativo.

## Abstract

This article examines the constitutional principle of inapplicability by analogy in relation to functional offenses within the Exclusive Jurisdiction (Military-Police) in Peru. It analyzes the extensive interpretation of these criminal types, known as functional offenses, and particularly the use of the prohibition of analogy *malam partem* in their definition.

It emphasizes the need for a precise definition of these offenses to avoid conflicts with Peruvian legislation, evaluating the analogical interpretation carried out by the extraordinary jurisdiction through the doctrine of the Exclusive Jurisdiction, as manifested in the Doctrinal Agreement on military-police criminal justice 005-2017/FMP.

This agreement defines the functional offense through analogies with administrative and pension rules, an interpretation that could violate the constitutional principle of inapplicability by analogy *contra reo*.

In summary, this article seeks to promote respect for the constitutional principle of inapplicability by analogy in military-police criminal offenses, particularly in their definition, aiming to prevent violations of constitutional rights such as personal liberty.

Keywords: Inapplicability by analogy, criminal offense, military-police, Exclusive Jurisdiction.

## Introducción

En los últimos años, se ha interpretado en forma extensiva la aplicación de tipos penales, esta interpretación se ha dado, en la vía ordinaria (Poder Judicial) como en la vía extraordinaria (Fuero Privativo), en esta oportunidad nos enfocaremos básicamente en la analogía *malam partem* en el uso de la definición de las infracciones penales (militar-policial) en el Fuero excepcional, del cual muy poco se ha detallado en la doctrina y jurisprudencia.

Los delitos de función establecen determinadas penas, como son: (i) las que privan la libertad, (ii) las que limitan derechos, y (iii) penas pecuniarias (multa). Estas medidas generan la restricción del derecho a la libertad en grupo determinado de personas siendo estos los militares y policías, que en muchos casos generan perjuicios irreparables. Por lo que, es necesario aplicar dentro de la dogmática penal y

constitucional, la forma correcta de definir tales delitos evitando colisionar con el ordenamiento jurídico peruano.

En razón a ello, la jurisdicción extraordinaria ha desarrollado el Acuerdo Doctrinal sobre justicia penal militar-policial 005-2017/FMP, en la que analógicamente define el delito de función y su aplicación, recurriendo a normas administrativas y pensionarias, disposiciones que tienen otros fines, como es el tuitivo y extensivo. Siendo dicha interpretación vulneradora del principio constitucional de analogía contra reo.

Ahora bien, resulta conveniente analizar los criterios de interpretación extensivos que realizan los órganos que administran justicia en el Fuero Militar Policial desde un enfoque constitucional. Dado que, en las Fuerza Armadas y Policía Nacional, existen otros medios de control social como son los órganos de inspectoría de estos institutos, en caso se genere conductas funcionales que no lesionen bienes jurídicos institucionales, que protege dicha jurisdicción extraordinaria.

Aspectos centrales

El Principio de Analogía *in malam partem*

El principio de no emplear la analogía en la interpretación del derecho penal, cuenta con un reconocimiento suprallegal, para ser precisos en el artículo 139.9 de la Constitución Política del Perú (1993); de igual manera, en el caso *sub exánime* en la legislación penal (Militar-Policial) en el artículo V de su Título Preliminar en que se señala: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito de función militar o policial, ni para definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad por aplicarse” (Decreto Legislativo 1094, 2010, art.6).

Según el Tribunal Constitucional, entiende que:

(...) la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá además, realizarse en términos necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, *in malam partem*, de las normas que restrinjan derechos.

Ese es el sentido general con el que debe entenderse el artículo 139°, inciso 9) de la Constitución, según el cual constituye uno de los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional, pero también un derecho subjetivo constitucional de los justiciables, “El principio de inaplicabilidad por analogía de

la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”. (Tribunal Constitucional, 2004, 02235-2004-AA/TC, f.j. 8)

Siguiendo a Muñoz Conde (2002) se entiende por analogía jurídica el procedimiento mediante el cual se aplica una consecuencia legal a un caso no regulado específicamente por la ley, basándose en la similitud con otro caso similar que sí está previsto legalmente (p.122). Asimismo, Mir Puig (2016) entiende que la interpretación implica buscar el significado de un texto legal dentro de los límites del sentido literal que pueda tener. (p. 351).

Por otro lado, la analogía consiste en aplicar la ley penal a una situación que no está explícitamente contemplada en ninguno de los sentidos posibles del texto, pero que guarda similitud con otros casos incluidos en la legislación (Mir Puig, 2016, p. 351). Sin embargo, este método es rechazado en materia penal cuando es perjudicial al imputado, como sostiene la postura de Ferrajoli (1997) la analogía está en efecto excluida cuando es *in malam partem*, mientras si se admite la *in bonam partem* (p.382).

En esa misma línea, Prunotto Laborde (2004) sostiene que la analogía será prohibida como “Creación de derecho nuevo que implique abarcar otras conductas no previstas en la ley, sea a través de la extensión de los tipos objetivos, o de las formas ampliatorias de los tipos penales como la autoría, la participación o la tentativa (p.111).

En este sentido, cuando se interpreta el comportamiento típico en materia penal, no se pretende crear nuevos delitos ni ampliar la aplicación de los tipos penales existentes, ya que esto afectaría el principio de legalidad en su manifestación más estricta *-lex stricta*. En síntesis, se busca evitar la expansión arbitraria de las normas penales.

#### El Delito de Función en la Jurisdicción Extraordinaria

En el Perú, la dirección de justicia es responsabilidad única y exclusiva de la función judicial, ejercida por magistrados del Poder Judicial; sin embargo, existe la excepción en el ámbito militar en la que se ejerce por una función excepcional, en aquellas infracciones penales relacionadas a la función Militar-Policial que realicen los integrantes de las Fuerzas del orden externo e interno, dicha competencia está reconocida en la Constitución Política del Perú (1993) en su artículo 173 que a la letra prescribe, lo siguiente:

En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina

Del desarrollo de la norma constitucional, el Código Penal Militar Policial define el delito de función de la siguiente manera:

El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto de servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. (Decreto Legislativo 1094, 2010, art.II T.P.)

Según el planteamiento de Roxin, los delitos especiales son los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor; mientras Jakobs los denomina delitos de institución o de competencia por institución.

Dicha definición nos permite entender que nos encontramos ante delitos especiales en los delitos de función, estos actos se llevan a cabo debido al incumplimiento de obligaciones específicas que incumben únicamente al personal militar o policial, conocidas como "estatus especial", y no a deberes generales como ciudadano de a pie, denominados "estatus general". Estas infracciones de normas fuera del ámbito penal – normas extrapenales- deben producirse cuando existe una relación funcional que desempeñe el agente especial (militar o policía).

Al respecto, el Tribunal Constitucional (2003, 017-2003-PI/TC, f.j.132-134) refiere que el delito militar-policial es una acción tipificada en la ley, cometida por un militar o policía durante el servicio o relacionada con él, afectando un bien jurídico específico de la institución a la que pertenece el acusado. Este tipo de delito se centra en la protección de intereses institucionales vitales, esenciales para el funcionamiento y cumplimiento de los objetivos de la institución correspondiente, conforme a lo establecido explícitamente en la legislación.

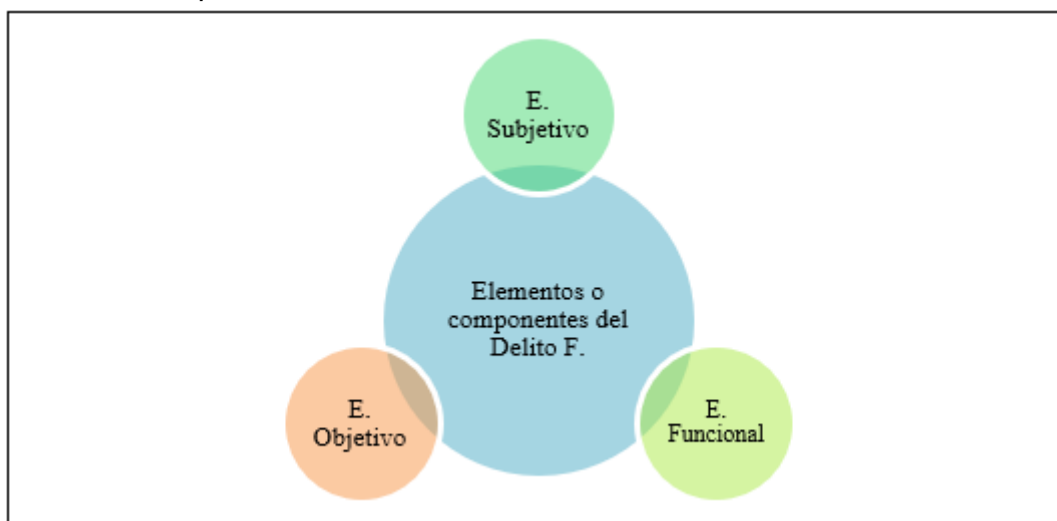
En esa misma línea, el Tribunal Constitucional (2008, 00002-2008-AI/TC, f.j.86) precisa los siguientes componentes o elementos de la estructura de los delitos de función (militar-policial) son: (i) componente subjetivo (grupo de autores que vienen hacer los efectivos militares y policiales en situación actividad), (ii) componente funcional (acto de

servicio o relacionado a estos actos), y (iii) componente objetivo (lesionar bienes jurídicos ligados a la finalidad constitucional de la Policía y las Fuerzas Armadas).

Agregando a lo anterior, Mellado postula que el delito funcional “se reconduce a la concurrencia de tres elementos concurrentes: delito típico militar, lugar de comisión (establecimiento militar o realizado en acto de servicio), y, el subjetivo que el agente delictivo sea un militar” (San Martín Castro, 2001). Reforzando dicho sustento Donayre Montesinos (2009, p.199) indica que la configuración de las infracciones penales de condición militar-policial debe presentar los siguientes elementos: (i) ser cometido por agentes militares o policiales en situación de actividad, (ii) encontrándose de servicio, y (iii) que lesione un bien jurídico de índole militar o policial, según concierna.

De lo expuesto, el delito de función dentro de la dogmática penal, debe ser entendido como aquella conducta en que deban concurrir copulativamente tres elementos o componentes (subjetivo, funcional y objetivo) como se muestra en el Grafico 1, así mismo debe existir una relación funcional del agente que los comete con la afectación del bien jurídico institucional (operatividad, existencia, organización y funciones).

Figura 1  
*Elementos o Componentes del Delito Funcional*



De la figura 1 podemos concluir que la interpretación constitucional del delito de función, será cuando concurren sus tres elementos o componentes en donde el componente subjetivo se refiere a la condición de ser militar o policía, siempre y cuando se encuentre en actividad, el componente funcional que el efectivo cualificado se halle en funciones y el componente objetivo que atente bienes jurídicos estrictamente de protección de las fuerzas del orden externo e interno, y no aquellos bienes jurídicos comunes de protección del fuero común.

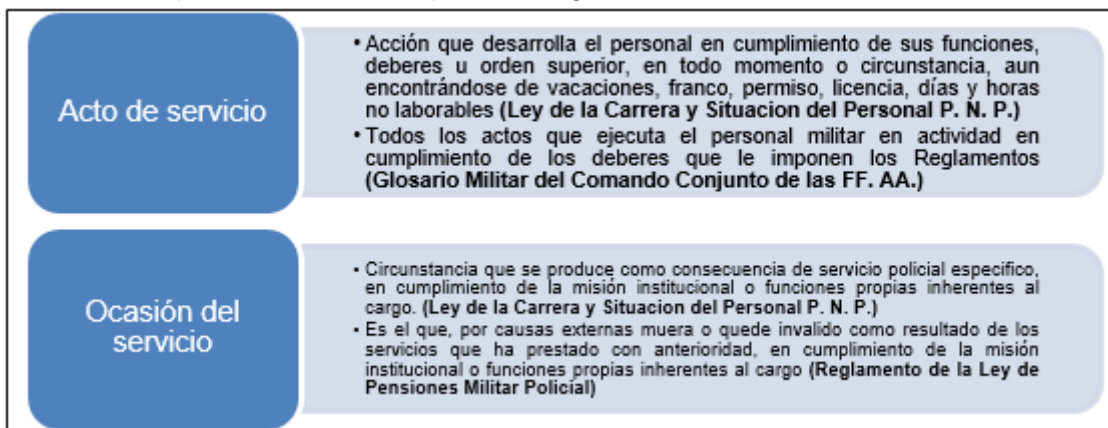
Criterios de Interpretación de las infracciones penales de contenido militar-policial por parte del Fuero excepcional

Con el objetivo de establecer criterios comunes el veintidós de diciembre del dos mil diecisiete, los magistrados del Tribunal Supremo Militar Policial, reunidos en sesión de Consejo Ejecutivo, por mayoría establecieron criterios interpretativos (doctrina jurisdiccional), en el Acuerdo Doctrinal sobre justicia penal militar-policial 005-2017/FMP, con el asunto: “Definición, alcances y ámbito de aplicación del “acto del servicio” y la “ocasión del servicio”, en el ejercicio de la función y condición de militar o policía”.

En el referido Acuerdo de Doctrina (2017), se realiza una interpretación analógica de la definición de “acto del servicio” y “ocasión del servicio”, elemento o componente funcional del delito de función, recurriendo a la Norma Administrativa sobre la Carrera y Situación del Personal de la PNP (Decreto Legislativo 1149, art. 63), al Glosario Militar del CCFA (Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas) y al Reglamento de la norma administrativa de Pensión Militar-Policial (Decreto Supremo 009-DE-CCFA, art. 10), en dichas normas de alcance administrativo y orientador se define “acto de servicio” y “ocasión relacionado al servicio”, de la siguiente manera:

Figura 2

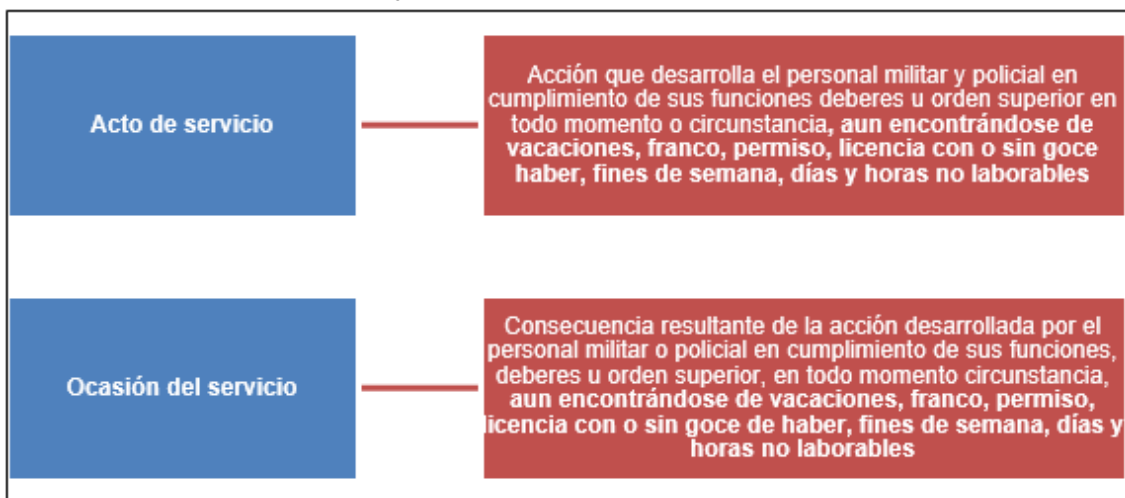
*Normas extrapenales enfocadas por los Magistrados del Fuero Privativo*



De los dispositivos normativos de carácter administrativo, informativo y pensionario, dichos magistrados en los fundamentos 14 y 19 del referido Acuerdo de Doctrina, han establecido como doctrina jurisdiccional la definición de “acto de servicio” y “ocasión de servicio” de la siguiente manera:

Figura 3

Definición de Acto de servicio y Ocasión de Servicio



Dichos criterios interpretativos utilizando la analogía de normas extrapenales por parte de los magistrados del Fuero Privativo, en este caso específico, implica la ampliación de la aplicación de las infracciones penales de relevancia militar-policial durante períodos de vacaciones, franco, permiso o licencia, lo cual está prohibido según la legislación peruana. Puesto que, los alcances de interpretación que se realiza del elemento o componente funcional del delito de función emplean la analogía *in malam partem* vulnerando los límites constitucionales de interpretación y por consecuencia lesionan el derecho de reconocimiento constitucional de la libertad personal.

Principio de analogía *in malam partem* aplicada en las infracciones penales de contenido militar-policial

Los delitos relacionados a la función militar-policial, se considera como delitos especiales resultando necesario delimitar la relación funcional, como es recurrir a disposiciones normativas extrapenales, en que se señalen las competencias específicas que desarrolla el militar o policía, durante el servicio encomendado “elemento funcional”, ya que no es lógico querer entender la participación penal del “militar” y “policía”, desde un aspecto administrativo, laboral o pensionario como viene sucediendo.

Dicha situación, de aplicación de analogía *in malam partem*, se ha podido dilucidar durante la conmoción social de la pandemia del Coronavirus, en la cual el Poder Ejecutivo dispuso el Estado excepcional de emergencia por motivos sanitarios, para impedir la transmisión del COVID-19 y sus diversas variantes.



En ese contexto, los militares y policías venían asumiendo un rol importante en el control de dichas medidas; no obstante, a ello, se pudo observar a través de los medios de comunicación, que militares y policías que incumplían las medidas sanitarias, en algunos casos cuando debían cubrir algún servicio y en otro cuando se encontraban fuera de servicio, se les sometía al Fuero Privativo, en el entendido que se encontraban de servicio las 24 horas.

Se debe precisar, que el solo hecho de ser militar o policía, no es causa para ser sometido a dicho Fuero; debido que, la justicia extraordinaria será competente cuando el comportamiento (acción u omisión) del militar o policía en actividad, tenga una relación funcional y se quebrante bienes jurídicos institucionales.

Dado que, ante inconductas funcionales que no tengan relación funcional existen los Órganos de Inspectoría en la que se les sanciona administrativamente por el solo hecho de ostentar la investidura de militar o policía; así como, ante la vulneración de bienes jurídicos comunes el Ministerio Público será el encargado de investigar la comisión delictiva (verbigracia: delitos que afecten la salud pública, delitos en agravio de la seguridad pública o aquellos delitos contra la correcta administración de la función pública).

En este entender querer someter al Fuero Militar Policial a los militares y policías que no tengan relación funcional y que teniendo relación funcional quebranten bienes jurídicos comunes, mediante una interpretación analógica del Acuerdo de Doctrina citado, vulnera principios constitucionales de administración de justicia, como es el uso de la analogía *in malam partem*, desnaturalizando con ello, el contenido esencial de delito de función, extendiendo su interpretación a cometerse en cualquier momento o circunstancia por parte del agente especial, sin respetar su finalidad.

De igual manera, lo ha entendido el Tribunal Constitucional (2003, 0017-2003-AI/TC, f.j.135-137), cuando se menciona que se limite la aplicación del Código de Justicia Militar solo en función de ser miembro de las Fuerzas Armadas o las Fuerzas Policiales (*ratione personae*), así como tener en cuenta la posición del agente mientras presta servicios en áreas declaradas en estado de excepción (*ratione loci*).

En efecto, se debe concebir que la definición de las cláusulas penales, no siempre serán las mismas que las define el derecho administrativo, derecho laboral o derecho pensionario, puesto que dichas ramas del derecho buscan otros fines, garantistas para

el administrado, trabajador o pensionista, y no buscan restringir derechos como el derecho penal. En consecuencia, los criterios de generalización que realiza los magistrados del Fuero Militar Policial, es pretender crear definiciones ampliatorias respecto a la intervención delictiva, lo que no puede permitirse cuando se emplea la analogía en perjuicio del reo, como sucede en el presente caso.

## Conclusiones

De lo narrado líneas arriba, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- La aplicación de la analogía contra reo se encuentra proscrito en la Carta Fundamental de nuestro Estado, este límite se encuentra con la finalidad de evitar que el *ius punendi*, sea extensivo a aspectos que no han sido definidos en la ley, por lo que la interpretación de los tipos penales no debe crear nuevas conductas típicas, así como ampliar la intervención delictiva.
- Los delitos de función para que concurran, deben cumplir con tres elementos o componentes copulativamente: elemento subjetivo referido al agente especial, elemento funcional que el agente tenga ligamen funcional, es decir que realice alguna función específica debidamente designada por la superioridad, y elemento objetivo que la relación de la conducta afecte o ponga en peligro bienes jurídicos estrictamente institucionales.
- La doctrina jurisprudencial del Fuero Militar Policial, al aplicar la analogía *in malam parte*, respecto a la interpretación del elemento funcional de las infracciones penales con contenido militar-policial, atentan contra el derecho a la libertad de militares y policías, elemento que debe ser entendida por el ligamen de las funciones encomendadas y no por el solo hecho de ser militar o policía; puesto que, el derecho penal es de *última ratio*, existiendo otros órganos de control en la instituciones referidas cuando se cometa inconducta funcional cuando el agente (militar-policía) este de vacaciones, franco, permiso o licencia; no siendo la vía adecuada el Fuero Privativo.
- La interpretación del elemento funcional del delito de función tiene relación con el elemento objetivo, ya que la protección de bienes jurídicos institucionales del Fuero privativo no debe ser los mismo que protege el Fuero común, a través del Código Penal.

Referencias

Congreso de la República. (1993). *Constitución Política del Perú*.

Decreto Legislativo 1094. (2010). *Código Penal Militar Policial*. Lima: Diario Oficial *El Peruano*.

Donayre, C. (2009). Sobre la configuración del delito castrense y los problemas que trae consigo otorgarle competencia a los Tribunales Militares para juzgar a policías. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional peruano. En *La Justicia Militar en el Derecho Comparado y en la Jurisprudencia Constitucional* (pp. 191–194). Lima: Palestra Editores.

Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón* (2ª ed.). Madrid: Trotta.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal, parte general* (10ª ed.). Buenos Aires: IbdeF.

Muñoz, F. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Prunotto, A. (2004). Recepción de la analogía en el derecho penal. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires*, (7), 111–164.

San Martín, C. (2001). Algunos aspectos de la Justicia Militar. En *La Reforma del Derecho Penal Militar – Anuario de Derecho Penal 2001–2002*. Lima: PUCP. Recuperado de [bit.ly/3mZo9XN](http://bit.ly/3mZo9XN) (consultado el 17 de abril de 2021).

Tribunal Constitucional. (2003). *Sentencia N.º 00017-2003-AI/TC*. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>

Tribunal Constitucional. (2004). *Sentencia N.º 02235-2004-AA/TC*. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (2008). *Sentencia N.º 00002-2008-AI/TC*. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00002-2008-AI.pdf>

Tribunal Supremo Militar Policial. (2017). *Acuerdo de Doctrina Jurisdiccional en Materia Penal Militar Policial N.º 005-2017/FMP*.