

# EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR  
AÑO XII - NÚMERO 21 / JULIO 2023





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



# **EL JURISTA**

## **DEL FUERO MILITAR POLICIAL**

Revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

**PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL**  
Mayor General FAP (R) José Luis Villavisencio Consiglieri

**DIRECTOR DEL CENTRO DE  
ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR**  
Contralmirante AP Luís Miguel Gutiérrez Sotelo

**EDITOR DE LA REVISTA**  
Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

**DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO DE PORTADA**  
Socorro Gamboa García

**FOTOGRAFÍA DE PORTADA**  
Licenciado Randy Velásquez Fermín

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

Edición julio 2023  
Año 12 - Número 21  
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca  
Nacional del Perú N° 2013-15773

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

Impreso en Partners Print S.A.C. con RUC 20606691204  
Calle José de la Torre Ugarte 265, Miraflores

Tiraje: 1000 ejemplares

Los artículos de la revista son de responsabilidad de sus autores, ni el Fuero Militar Policial (FMP) ni el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM) se responsabilizan por su originalidad y/o contenido. Para sugerencias y comentarios escribanos al e-mail: caejm@fmp.gob.pe

IMPRESO EN EL PERÚ  
*PRINTED IN PERU*

# ÍNDICE

## ARTÍCULOS

LA OMISIÓN IMPROPIA EN EL EJERCICIO DEL MANDO <i>Jorge Rolando Pachamango Novoa</i> _____	13
EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL DEL PERÚ <i>Angie Gamarra Carbajal</i> _____	29
LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN COMO FACTOR QUE CONDICIONA LA ACCIÓN TÍPICA EN LA EVALUACIÓN DE LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE HOMICIDIO EN EL MARCO DE OPERACIONES MILITARES <i>Francisco Renato Peña Sánchez</i> _____	37
LA ÉTICA MILITAR APLICADA A LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ EN LAS FUERZAS ARMADAS <i>Lesly Stephany Castro Cubas</i> _____	47
ANÁLISIS DE LA CONDUCCIÓN COMPULSIVA DEL IMPUTADO EN EL MARCO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1094, CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL <i>Galiano Marcial López Cabrera</i> _____	57
INTERVENCIÓN DE LAS FFAA EN EL CONTROL DEL ORDEN INTERNO <i>Marilú Casilda Palomino Huamaní</i> _____	69
LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LAS ACCIONES MILITARES <i>Richard David Saavedra Palomino</i> _____	79

LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL DELITO DE DESOBEDIENCIA <i>César David Capcha Sanca</i> _____	89
EL DERECHO A LA NO INCRIMINACIÓN Y EL DERECHO A DECLARAR EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL <i>Renatto Mario Porras Zea</i> _____	99
CAUSAS ACUMULADAS 220- 474-14 Y 473- 322- 11, SEGUIDAS CONTRA ALEJANDRO LASTRA VILLANUEVA Y GERARDO PINTO SULCAHUAMÁN, POR EL DELITO DE ATAQUE A FUERZA ARMADA Y OTROS <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	109
OBSERVANCIAS AL PRINCIPIO DE DEBIDO PROCESO EN ATENCIÓN A LA DOBLE COMPETENCIA DEL FUERO COMÚN Y FUERO MILITAR POLICIAL <i>Joselin Mercedes Barba Chávez</i> _____	115
EL DELITO DE DESOBEDIENCIA MILITAR POLICIAL DESDE LA JURISPRUDENCIA <i>Jyon Frankie Jimenez Alvarez</i> _____	123
LOS DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y SU INCLUSIÓN EN LOS CÓDIGOS PENAL Y PENAL MILITAR POLICIAL DEL PERÚ <i>Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	139

## **BIBLIOGRAFÍA**

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA ENRIQUE V. PÉREZ ALVARADO <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	171
--	-----

El Jurista  
del  
Fuero Militar Policial



## ■ Artículos



Jorge Rolando Pachamango Novoa<sup>1</sup>

## LA OMISIÓN IMPROPIA EN EL EJERCICIO DEL MANDO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. TRABAJOS PREVIOS SOBRE OMISIÓN IMPROPIA; III. TEORÍAS RELACIONADAS CON EL TEMA DE ANÁLISIS; IV. LA CONDUCTA EXIGIDA AL SUPERIOR QUE EJERCE EL MANDO MILITAR; V. LA RELACIÓN SUPERIOR SUBORDINADO EN LOS INSTITUTOS MILITARES; VI. LA FUNCIÓN MILITAR COMO FUNCIÓN PÚBLICA; VII. MARCO CONCEPTUAL DE TERMINOS MILITARES ESENCIALES; VIII. LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL MILITAR DEL PERÚ; IX. CONCLUSIONES; X. RECOMENDACIONES; Y XI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### RESUMEN

Dentro del contexto militar, ejercer el mando genera obligaciones, derivadas de fuentes formales y materiales, que ante su omisión nos permite hablar de la omisión impropia, y que de acuerdo a la legislación penal militar policial viene a ser la omisión de los deberes propios de la función. Uno de estos deberes, con tanta relevancia dentro del contexto militar, es el deber de control y supervisión de los actos del subordinado; ante esta situación, nuestro propósito ha sido identificar y explicar la condición jurídica que debe tener quien ejerce el mando para atribuir responsabilidad penal por omisión impropia.

Luego de haber concluido este trabajo, se ha determinado que el ejercicio del mando militar reconoce al superior exigir el cumplimiento de sus órdenes de parte de sus subordinados, y a su vez asumir deberes y obligaciones con la finalidad de garantizar la protección de bienes

---

1 Oficial del Ejército Peruano, abogado.

jurídicos institucionales; asimismo, tiene el deber jurídico de supervisar y controlar las actuaciones del subordinado en el cumplimiento de una orden. Por lo tanto, asume la “posición de garante” como condición jurídica para atribuir responsabilidad penal por omisión impropia.

**PALABRAS CLAVE:** Orden militar, Obediencia debida, Supervisión y control, Condición jurídica, Posición de garante.

## ABSTRACT

*Within the military context, exercising command generates obligations, derived from formal and material sources, which in the event of their omission allows us to speak of improper omission, and which according to military police criminal legislation amounts to the omission of the duties of the function. One of these duties, with such relevance within the military context, is the duty to control and supervise the actions of the subordinate; Given this situation, our purpose has been to identify and explain the legal status that the person in command must have to attribute criminal responsibility for improper omission.*

*After having completed this work, it has been determined that the exercise of military command recognizes the superior demanding compliance with his orders from his subordinates, and in turn assuming duties and obligations in order to guarantee the protection of institutional legal assets; Likewise, he has the legal duty to supervise and control the actions of the subordinate in compliance with an order. Therefore, it assumes the “position of guarantor” as a legal condition to attribute criminal liability for improper omission.*

**KEYWORDS:** *Military order, Due obedience, Supervision and control, Legal condition, Guarantor position.*

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla sobre la omisión impropia en el ejercicio del mando militar, encontramos un tema sumamente interesante y complejo. La obediencia como principio fundamental de la disciplina militar, juega un papel crucial en este debate. ¿Qué sucede cuando un militar, siendo un posicionado de garante y teniendo una orden militar clara, omite su cumplimiento? En este estudio, exploraremos esta cuestión desde un punto de vista casual y trataremos de arrojar algo de luz sobre este asunto espinoso.

Es importante destacar que, en las Fuerzas Armadas, la obediencia es fundamental para el funcionamiento adecuado de cualquier unidad militar. El respeto a la jerarquía y la estricta ejecución de las órdenes es lo que permite mantener una disciplina sólida y eficiente; sin embargo, no todo es blanco o negro. Existen situaciones en las que un militar posicionado como garante puede encontrarse en una encrucijada moral y ética.

La omisión impropia en el ejercicio del mando militar involucra la negativa o la falta de cumplimiento de una orden militar por un militar, que se encuentra en una posición de garante de la seguridad o bienestar de otras personas a las que la orden fue destinada. Esto significa que, a pesar de tener un deber claro de obedecer, el militar decide no actuar y, conscientemente o no, pone en riesgo la seguridad de quienes están bajo su responsabilidad.

El debate surge en torno a qué nivel de responsabilidad debe tener un militar como garante. ¿Es suficiente cumplir únicamente con las órdenes que se le dan? ¿O debe ir un paso más allá y tomar la iniciativa de actuar cuando percibe una situación de peligro inminente?

Cuando quien ejerce el mando no toma las medidas adecuadas para evaluar, planificar y ejecutar operaciones militares, se pueden producir errores estratégicos, tácticos u operacionales que pueden resultar en la pérdida de vidas y recursos. Además, la falta de liderazgo efectivo puede debilitar la moral y la cohesión de los subordinados, lo que afecta negativamente su capacidad para cumplir con su misión.

Otra consecuencia problemática de la omisión impropia en el ejercicio del mando militar es la falta de rendición de cuentas y transparencia. Cuando los líderes militares no asumen la responsabilidad de sus acciones o decisiones, se crea un ambiente de impunidad que socava la confianza, tanto dentro de las Fuerzas Armadas como en la sociedad en general. Esta situación puede generar descontento y falta de confianza en la institución militar, y afectar negativamente la percepción pública sobre el rol constitucional y la eficacia de las Fuerzas Armadas.

Además, la omisión impropia en el ejercicio del mando militar puede contribuir a la perpetuación de prácticas abusivas o violaciones de derechos humanos. Cuando los líderes militares no actúan para prevenir o detener comportamientos inapropiados, como torturas, ejecuciones extrajudiciales o abusos contra la población civil, se perpetúa un ambiente de impunidad y se violan los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos, trayendo consecuencias devastadoras para las víctimas y socavando la legitimidad y credibilidad de las Fuerzas Armadas.

En el contexto legislativo, se tiene que la Constitución Política del Perú considera que la justicia militar se aplica únicamente a los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional que incurren en delito de función. Por otra parte, el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1094, Código Penal Militar Policial, define al delito de función como: “Son delitos de función militar o policial las acciones u omisiones dolosas o culposas previstas por este Código”.

Siendo así, en nuestra legislación se reconoce expresamente la existencia de dos conductas de interés para el Derecho Penal Militar; las conductas ilícitas por comisión y las conductas ilícitas por omisión.

La omisión impropia es una figura jurídica compleja y escasamente tratada en la doctrina jurídica peruana, existiendo la necesidad de recurrir a fuentes extranjeras. En el aspecto jurisdiccional común ha sido empleada en pocas circunstancias, y por qué no decir en investigaciones por delitos de lesa humanidad generadas como consecuencia de la violencia terrorista en las décadas de los 80 y 90.

En la legislación Penal Militar Policial, la omisión impropia ha sido regulada en el artículo 9, del Código Penal Militar Policial, con el siguiente precepto:

“Será sancionada la omisión de los deberes de función militar o policial por razón del cargo o función, siempre que el no evitarla equivalga, según el texto de la ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada”.

En la jurisdicción militar o Fuero Militar Policial, la omisión impropia tiene un nulo tratamiento casuístico y jurisprudencial, resultando necesario conocer cuál es la condición objetiva que debe reunir el personal militar que ejerce el mando, a efectos de fundamentar la imputación por omisión impropia, partiendo con el juicio de tipicidad y terminando en el juicio de culpabilidad.

Dentro del contexto de la historia, se ha establecido que las instituciones militares son representaciones de autoridad y de orden jerárquico, estando representadas por una cadena de mando; sin embargo, para su adecuado ejercicio resulta necesario comprender la organización militar y definir sus funciones, de tal manera que permita dar órdenes claramente entendidas por el subordinado, supervisar su ejecución y finalmente tener por cumplida la orden. Por consiguiente, la omisión impropia sustentada en el resultado es técnicamente aplicable a los delitos cometidos en las instituciones militares.

Operacionalmente, en guerra convencional, el Protocolo adicional I de la Convención de Ginebra de 1977, ha considerado que el superior no está exento de responsabilidad si el evento delictivo ha sido cometido por un subordinado; pudiendo afirmarse que quien ocupa una posición con mando militar, tiene el deber de control sobre las actuaciones de sus subordinados para no incurrir en delitos de función.

El ejercicio del mando militar obliga a asumir el dominio personal sobre los subordinados, así como la protección de los bienes jurídicos como lo conceptualiza la legislación penal militar policial; sin embargo, no ejercerlo adecuadamente implica violar un deber específico de

supervisión y control, que se ve traducido en un consentimiento o reconocimiento de la impunidad. Por lo tanto, resulta necesario identificar la condición jurídica que debe reunir quien ejerciese el mando militar, con la finalidad de hacer efectiva la potestad punitiva del Estado, en razón que su desconocimiento por parte del personal militar conlleva a que muchas veces incurran en ilícitos por incumplimiento de un deber propio de su función, o de ser el caso aceptar decisiones judiciales injustas, traducidos directamente en su proyección profesional. El impacto de este problema se verá reducido, en la medida que el personal militar, que ejerce el mando, conozca la condición jurídica de garantes que tienen respecto de la protección de bienes jurídicos institucionales.

## II. TRABAJOS PREVIOS SOBRE OMI-SIÓN IMPROPIA

En el Perú, de acuerdo con la información obtenida por internet de las escuelas de postgrado, no se ha logrado ubicar trabajos de investigación relacionados con la responsabilidad por omisión impropia de quienes ejercen el mando militar en situaciones de guerra no convencional, o en situaciones netamente relacionadas a la administración pública; sin embargo, en el ámbito internacional, existen tratamientos desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario, teniendo como antecedentes los acontecimientos suscitados en la Segunda Guerra Mundial como el Juicio de Núremberg, instaurado en Alemania contra los principales dirigentes supervivientes del gobierno nazi; igualmente, la condena emitida por el Tribunal Supremo de Norteamérica al general Japonés Yamashita, acusado de los crímenes cometidos por sus soldados a quienes nunca les dio una orden

y mucho menos pudo haber tomado conocimiento de su comisión; asimismo, la primera condena internacional por crimen de genocidio emitida por el Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR) en contra del burgomaestre de Taba, Jean Paul Akayesu, quien entre los años 1993 y 1994, con la autoridad absoluta sobre la policía municipal y los gendarmes, fue acusado por no haber intentado impedir las masacres cometidas en Taba – Ruanda.

Concerniente a la responsabilidad de los militares por omisión impropia, en el tratamiento de la omisión impropia y la posición de garante, se han podido encontrar los siguientes trabajos de investigación a nivel postgrado:

### **II.1. A nivel internacional**

Garrocho, A (2014), en su tesis: La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional, analiza los principales precedentes jurisprudenciales que se aplicaron tras la Segunda Guerra Mundial, abordando el tema desde la óptica en que el superior, teniendo la custodia y protección de algunas personas que no participan en las operaciones, no evita actos lesivos contra ellas; asimismo, por no evitar los crímenes cometidos por sus subordinados.

Daza, M (2013), en su tesis: La posición de garante en tratándose de los delitos impropios de omisión cometidos por los militares por incumplimiento de sus funciones constitucionales y legales: análisis de la sentencia SU-1184 de 2001, analiza la posición de garante que tiene el militar dentro del ejercicio de su función, conforme a la legislación colombiana, teniendo como referencia el Derecho penal internacional.

Santillán, J (2012) en su tesis: La posición de garante en el derecho penal

ecuatoriano, busca la comprensión del problema de los tipos omisivos teniendo como su origen en la posición de garante, con la finalidad de determinar si las conductas de omisión impropia y de omisión, con origen en obligación legal, tienen estructura propia y son diferentes al tipo de la acción.

### **II.2. A nivel nacional**

Benavente, H (2005), en su tesis: La imputación objetiva en la comisión por omisión, analiza los lineamientos que permiten fundamentar la responsabilidad sobre los roles infringidos.

## **III. TEORÍAS RELACIONADAS CON EL TEMA DE ANÁLISIS**

### **III.1. La responsabilidad por el mando militar como exigencia de la posición de garante**

El concepto de omisión impropia va a estar relacionado con los elementos que caracterizan a esta forma de realización del acto punible; esto es, la existencia de una conducta omisiva, la producción de un resultado, el no evitar el resultado estando obligado a ello, el deber previo de evitar la producción del resultado a cargo de quien ostenta la posición de garante, y la vinculación entre la conducta omisiva y el resultado producido. (BARRAGAN FUENTES, 2006).

Doctrinariamente se ha expuesto que la omisión impropia es una inactividad que, al igual que la acción, demanda un resultado; es decir, existe la manifestación negativa de la conducta, adicionada de un especial deber de actuar.

Según (QUIROZ PIREZ, 2006), a través de los delitos de omisión impropia, el individuo mediante una conducta omisiva,

provoca una alteración del mundo exterior, representando una forma independiente de la figura objetiva.

Resulta conveniente aclarar que (SILVESTRONI, 2004) no todo sujeto que no evita el resultado puede ser autor de omisión impropia, sino sólo aquel que se encuentra en la posición de garante de la integridad del bien jurídico tutelado, siendo esta teoría la más relacionada a nuestro tema de estudio, en tanto que se busca la protección de los bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas.

En definitiva, la posición de garante viene a ser la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, donde el sujeto se responsabiliza por mantener la inmunidad del bien jurídico. Como consecuencia de esa relación, el sujeto tiene el deber de evitar cualquier atentado a la integridad del bien jurídico, el no hacerlo equivale a una realización.

En sentido restringido, se viola la posición de garante cuando se abstiene de hacer una obligación establecida en la Constitución, la Ley o los reglamentos, y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. En sentido amplio, se viola la posición de garante cuando quien tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad, se comporta en contra de lo que se espera de ella, defraudando las expectativas dentro de la sociedad. Por consiguiente, nos encontramos ante fuentes formales y materiales, de donde se origina las obligaciones.

### III.2. Teorías del deber de garante

La omisión impropia o comisión por omisión regulada por el artículo 9, del

Decreto Legislativo N° 1094, no responde a exigencias comunes a todo personal militar o policial; sino por el contrario, en este tipo de omisión, ciertos sujetos al asumir la custodia de un bien jurídico, adquieren el dominio sobre la situación de vulnerabilidad del bien jurídico protegido.

Dicho con otras palabras, el sujeto activo se incorpora en una posición privilegiada que le permite tener un poder de disposición sobre la protección o lesión del bien jurídico, obligándole a actuar como barrera de contención ante riesgos concretos. Estos deberes configuran la llamada posición de garante.

Sin embargo, también debe considerarse que no toda posición de garante genera la realización del tipo de omisión impropia, sino que resulta indispensable que el agente no realice la acción protección dispuesta por la ley en un caso específico; esto es, su fundamento está delimitado a aquella omisión que con certeza o seguridad estaba en capacidad de impedirlo en el caso particular.

Dentro de la organización militar, y de manera específica en el planeamiento militar, las órdenes de transmiten de arriba hacia abajo, y se cumplen de abajo hacia arriba, y se van dando cuenta en sentido ascendente. Por lo tanto, el cumplimiento de la orden debe ser lo más preciso posible, y si quien ejerce el mando cumple con la obligación de ejercer el control sobre su cumplimiento, resulta poco posible la comisión de algún ilícito por parte de sus subordinados, y por ende evitará que esta se traslade a su persona vía comisión por omisión.

El subordinado se encuentra prohibido de evaluar si la orden recibida es buena o mala; sin embargo, si tiene la obligación de verificar su legalidad y legitimidad; por lo

tanto, para que la orden impartida adquiera legitimidad, al subordinado solamente le bastará la palabra de un superior habilitado jurídicamente para mandar; por su formación, todo militar tiene concientizado que no hay órdenes propias de servicio ilegítimas, sólo podrá pedir aclaración de la orden si no ha sido comprendida.

El fundamento de los delitos de omisión impropia descansa en teorías vigentes durante las diferentes etapas de evolución del Derecho Penal; entre las principales se encuentran:

### III.3. Teoría del nexo causal

Esta teoría plantea que la omisión impropia sólo puede ser imputada a un sujeto, cuando la causa del resultado producido deviene por la omisión de una acción exigida por el Derecho; trata de explicar el nexo causal acudiendo a diferentes posiciones, entre las que se destacan:

- La teoría de la acción contemporánea, donde la causa del resultado es la acción positiva que realiza el sujeto, en tanto omite la acción positiva al cual se encuentra obligado.
- La teoría de la acción precedente, la causa es la acción inmediatamente anterior a la omisión.
- La teoría de la interferencia, quien omite domina el impulso de actuar, produciéndose, como contracorriente, un fenómeno de interferencia entre la fuerza que impulsa a obrar y el despliegue real de ella.

Estas teorías fueron desechadas por no solucionar, en todos los casos, las situaciones objeto de análisis, habiendo sido reemplazadas por nuevas doctrinas dogmáticas del derecho.

### III.4. Teoría formal: el deber jurídico

Brinda mayor importancia al deber como fundamento de la omisión impropia, reconociendo que ese deber se establece sobre una base jurídica, excluyendo a los deberes morales.

### III.5. Teoría del deber de garante

Con esta teoría se inicia la concepción de la posición de garante, sustentándose en la íntima relación entre el sujeto que omite y el bien jurídico a salvaguardar. El deber de protección, recae únicamente sobre quien estuviera obligado a garantizar su no lesión; una de sus dificultades de esta teoría es que amplió la responsabilidad a deberes éticos-sociales, situaciones ajenas al derecho.

### III.6. Teoría funcional de la posición de garante

Su centro de atención está en la relación fáctica de los sujetos durante el ejercicio de sus roles sociales particulares; esto es, cada sujeto tiene funciones específicas, y por ende le asiste la obligación jurídica de cumplirlas conforme a las expectativas sociales. La posición de garante, conforme a la función protectora conlleva a la obligación de cuidar el bien jurídico a su cargo de todos los daños que pueda ocurrirle; y de acuerdo a la función de vigilancia, conlleva al actuar diligente en el cuidado de la fuente de peligro que él custodia, con la finalidad de no causar lesión o poner en riesgo un bien jurídico ajeno.

## IV. LA CONDUCTA EXIGIDA AL SUPERIOR QUE EJERCE EL MANDO MILITAR

El superior que ejerce el mando, resulta penalmente responsable por los ilícitos

cometidos por sus subordinados, en la medida de no haber ejercido un control apropiado sobre estos. En tal razón, la naturaleza de la responsabilidad del mando militar queda reconocida por una conducta omisiva; sin embargo, respecto a su conducta, corresponde determinar si la responsabilidad de quien ejerce el mando representa un tipo autónomo, o es una forma de comisión o participación de los delitos que cometen los subordinados.

Estaríamos ante dos posiciones distintas, la primera, y la más acertada desde nuestro punto de vista, considera que la responsabilidad por el mando es un delito especial, cometida únicamente por quien ejerce el mando al no haber ejercido de manera adecuada su obligación de control y/o vigilancia; la segunda posición, considera que la responsabilidad por el mando constituye una forma de participación o coautoría respecto del delito cometido por el subordinado.

El deber de control efectivo, supervisión o vigilancia del superior implica prevenir o sancionar los ilícitos cometidos por sus subordinados; entonces, esta es la única infracción relevante al deber de control o vigilancia.

## **V. LA RELACIÓN SUPERIOR SUBORDINADO EN LOS INSTITUTOS MILITARES**

### **V.1. Jerarquía y categoría militar**

Los miembros de las Fuerzas Armadas, en cada una de las instituciones que la constituyen, conforman una estructura militar que tiene una organización jerárquica vertical, de arriba abajo; desde quien tiene el más alto mando superior, denominado Comandante General, hasta el último subordinado,

siempre buscando que el mando lo ostente la persona con mejores cualidades.

La jerarquía militar queda justificada en razón que un ejército sólo puede ser eficaz con una organización estricta, y donde cada integrante conozca sus funciones y con un claro sentido de obediencia.

Cada nivel de la jerarquía tiene unas atribuciones que nos van a permitir conocer la capacidad de mando de cada militar, y por ende la idea de que hay que respetar de manera absoluta las órdenes recibidas por un superior.

En el contexto de las Fuerzas Armadas del Perú, las categorías del personal militar están constituidas por Oficiales, Auxiliares o Subalternos, y Personal de Tropa o Marinería.

La categoría militar, entendida como rango militar, es el nivel que se ocupa en la escala de mando, como parte de la organización de las Instituciones Armadas, agrupados por sus correspondientes grados y, a su vez, va a determinar el grado de responsabilidad que tienen sobre el subordinado.

De acuerdo a la Ley N° 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, y el Decreto Legislativo N° 1144, Ley de Situación Militar de los Supervisores, Técnicos y Suboficiales u Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas, las categorías únicamente se han determinado para los Oficiales y personal auxiliar, conforme al siguiente detalle.

#### **Oficiales:**

- a. Oficiales Generales y Almirantes;
- b. Oficiales Superiores; y
- c. Oficiales Subalternos.

**Auxiliares o Subalternos:**

- a. Supervisores;
- b. Técnicos; y
- c. Suboficiales u Oficiales de Mar.

**V.2. El control efectivo del subordinado**

El ejercicio del mando y el control efectivo del subordinado, es lo que va a permitir establecer los casos en que el superior puede ser hecho responsable por falta de responsabilidad en su ejercicio.

El mando y la autoridad complementan la relación superior-subordinado, estableciéndose de esta manera la facultad del superior de impartir órdenes respecto de los subordinados; las mismas que deben ser cumplidas, y normalmente conllevan a una sanción en caso de incumplimiento.

La obediencia en las instituciones militares tiene que ser debida, porque el subordinado sabe que desobedecer una orden conlleva quebrantar la columna vertebral de su unidad y de la institución, la disciplina. El deber de la obediencia no es únicamente militar sino moral y fundamental, sin el cual la organización militar se derribará y el éxito militar sería imposible.

Los doctores Igounet, (IGOUNET Óscar, IGOUNET Óscar (h), 1985) consideran que para que exista obediencia debe existir un inferior jerárquico a quien las leyes y reglamentos militares le han impuesto la obligación de cumplir las órdenes del servicio que le sean impartidas por un superior legalmente habilitado para mandarlo.

Quien imparte la orden debe encontrarse jurídicamente facultado para hacerlo y, además, debe tratarse de una orden propia del servicio o de la función militar.

El desobedecer una orden o negarse a su cumplimiento, implica un conflicto en la

organización estructural de las fuerzas del orden, conllevando a la existencia de sanciones disciplinarias o incluso con tipos penales que castigan este tipo de hechos, bajo la denominación de delito de insubordinación, prescrito en el artículo 115, del Decreto Legislativo N° 1094.

En ese sentido, la obligación de evitar que los subordinados incurran en ilícitos, conlleva a que dentro de la organización de las Fuerzas Armadas exista una expectativa de que ese superior dirija el comportamiento de los subordinados, dando de manera directa las órdenes, o de manera indirecta, atendiendo a la posición en la cadena de mando o por delegación de funciones.

Resulta necesario aclarar que la posición de garante no solamente se justifica por la pertenencia a la institución (Fuerzas Armadas o Policía Nacional); sino por el contrario, por la vinculación con la organización, tienen bajo su cargo una expectativa de ejercicio de la autoridad y control a cierto grupo de subordinados.

De esta manera queda determinado que la relación superior - subordinado, constituye el eje central de la responsabilidad por el mando, en tanto que el superior se encuentra en la ineludible obligación de controlar los actos de sus subordinados; es decir, para que ese control sea efectivo, debe materializarse en la capacidad de evitar la comisión de los ilícitos por parte de los subordinados.

Muchas veces el subordinado no tiene un mando único, sino que este se ejerce conjuntamente por superiores de distinta jerarquía, a nivel estratégico, táctico y operacional; sin embargo, el hecho de no tener el mando único y exclusivo sobre los subordinados, no implica de ninguna forma no hacerse responsable por sus conductas

ilícitas, en tanto que el superior tiene el deber de impedir hechos de esta naturaleza.

El concepto de superior, jurídicamente impone un límite en la imputación dentro de la cadena de mando; en este sentido, a quienes ejercen el mando de manera directa o indirecta les alcanza la responsabilidad penal.

Cabe la posibilidad que dentro de la organización militar se presente, en algunas circunstancias, delegación de funciones del superior a otro individuo; sin embargo, esta delegación de ninguna manera hará desaparecer la responsabilidad del superior.

## VI. LA FUNCIÓN MILITAR COMO FUNCIÓN PÚBLICA

Dentro de la estructura militar, no existe un estado que suponga no ostentar una categoría, jerarquía o grado militar; pues, esta va desde un soldado hasta general, y tácitamente la Constitución Política reconoce que pertenecen al régimen de funcionario o servidor público.

De acuerdo al artículo 44, concordante con el artículo 165, del texto constitucional (BALLESTEROS, 1999), la Seguridad y la Defensa Nacional son deberes primordiales del Estado, siendo consideradas como las finalidades más importantes en su relación permanente con la Nación. Asimismo, las Fuerzas Armadas tienen como misión garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial, sin descuidar el orden interno, en las situaciones excepcionales de regímenes de excepción; por consiguiente, la función militar es parte de la Defensa Nacional y ésta a su vez constituye una función primordial del Estado.

Para una eficaz realización de sus roles y misiones, se ha reconocido que las Fuerzas Armadas tienen un régimen jurídico específico, en cuanto a su organización y función, tal y como lo prescribe el artículo 168 de la Constitución Política: “Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”; sin embargo, el ordenamiento jurídico militar debe ser aplicado en concordancia con los principios y normas de la Administración Pública.

## VII. MARCO CONCEPTUAL DE TERMINOS MILITARES ESENCIALES

### VII.1. La disciplina militar

En términos comunes disciplina implica un recorte de libertades e innecesarias limitaciones en las conductas del ser humano, sin ningún fin y con adherencia a una exigencia de autoridad; sin embargo, esa disciplina es la base de una verdadera democracia, donde todos los ciudadanos se encuentran regidos por un conjunto de reglas, debiendo ser cumplidas por la sociedad para asegurar las relaciones entre individuos, así como el interés social. Dentro de estas reglas, de acuerdo a la jerarquía normativa, se encuentra la Constitución y las leyes, elaboradas por autoridades debidamente constituidas, y promulgadas siguiendo un procedimiento establecido.

En una organización militar la disciplina y el orden son indispensables, para su existencia; sin estos dos requisitos, hablaríamos de una agrupación a modo de turba.

La disciplina es la base de orden y garantía de éxito para asegurar a las Fuerzas Armadas un eficiente desempeño en el

cumplimiento de su misión; pues, la disciplina militar es la primera cosa a atender con la finalidad de lograr un eficaz ejercicio del mando.

Entendida como observancia de las leyes y reglamentos internos, la disciplina queda integrada a la vida de todo militar, desde el primer momento en que opta por seguir la profesión militar y adquiere ese estado por voluntad propia. Si bien es cierto que la disciplina es jurídicamente exigible a todo militar; sin embargo, esta condición resulta algo implícito en la naturaleza y vocación del personal militar.

Una de las principales responsabilidades de quien ejerce el mando militar es inculcar la disciplina sobre sus subordinados, de tal manera que se observe una conducta espontánea, por la cual el subordinado voluntariamente se someta al cumplimiento de las órdenes de sus superiores. Es decir, entienda que la disciplina es su motivación.

La disciplina, que se manifiesta por la subordinación, el respeto y la obediencia al superior, debe ser inculcada de manera continua, con la finalidad que las Leyes, reglamentos y órdenes militares sean cumplidas sin cuestionamientos en tanto que gozan de legalidad y legitimidad.

El militar como integrante de un ente institucional debidamente estructurado y jerarquizado, conoce que su funcionamiento exitoso con todo su potencial, conlleva a que tenga la certeza que sus integrantes se adhieran al cumplimiento de las leyes y reglamentos. De esta manera, una vez lograda la anhelada adhesión de la disciplina a la personalidad del militar, las Fuerzas Armadas contarán con militares dispuestos, inclusive, a entregar la vida por el ideal que animó su vocación de servicio.

El derecho militar, como rama jurídica especializada del derecho, se ocupa de manera particular de las relaciones humanas existentes en las Fuerzas Armadas, y de la profesión militar. En este sentido, la disciplina, tiene especial valor en la vida castrense, y es objeto de regulación jurídica.

Respecto a la relación del Derecho Militar y la disciplina, Espinoza (2011) considera que el derecho militar es la rama de la ciencia jurídica que se encuentra inspirada en la existencia de la sociedad armada, la que a su vez se funda en el principio de la disciplina, elemento que otorga cohesión y eficacia a las Fuerzas Armadas; por tanto, el derecho militar se ocupa del estudio correspondiente a la conformación y funcionamiento de las instituciones armadas, su normatividad y el cabal cumplimiento de la disciplina castrense (p. 3).

La disciplina constituye un valor de mayor importancia en las instituciones armadas, exigiendo en sus integrantes que sea estricta, traducida en el cumplimiento cabal de sus deberes; esto es, una disciplina enérgica y constante, va a permitir materializar acciones de heroísmo.

En el título I de la Ley N° 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se encuentra una definición particular de lo que consiste la disciplina militar, entendida como una condición para que exista la Institución Militar, y permite al Superior exigir y al subalterno ejecutar la orden.

La disciplina se articula en razón del mandato y la obediencia; es decir, atribución del superior y las obligaciones y deberes del subalterno.

En síntesis, la disciplina, debe ser constante y pertinente, e impuesta si es necesario autoritariamente, evitando cualquier estado deliberativo, ya sea en tiempo

de paz o de guerra. Por lo tanto, mandar y obedecer son las piedras angulares de toda organización militar, y la disciplina constituye la garantía de eficiencia de los ejércitos, traducido a su vez en la existencia de un Estado.

## VII.2. La orden militar

Recurriendo al modo gramatical, resulta necesario encuadrar la orden en el modo imperativo, siendo empleada para expresar mandatos, traducidos en obligaciones de obedecer, observar y ejecutar.

Dentro del contexto militar, y tomando como referencia el art. 3 de la Ley N° 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, modificado por el Decreto Legislativo N° 1145, se ha prescrito que: “La orden militar es la expresión verbal o escrita de carácter imperativa que contiene lo que un superior jerárquico militar requiere que cumpla un subordinado. Debe ser clara, precisa y concisa. La legalidad y legitimidad de una orden militar descansa en el respeto a la Constitución Política del Perú, las leyes y reglamentos.”

Se reconoce la existencia de dos tipos de órdenes, verbales y escritas; sin embargo, tienen iguales características: clara, precisa y concisa. Esto es, debe contener lo necesario para que el subordinado cumpla su misión.

Bajo este concepto legal, el superior sólo esperará obediencia cuando su orden sea lícita, y el subordinado no debe obedecer órdenes contrarias a la ley y la Constitución.

## VII.3. El Mando militar

El mando es entendido como la autoridad que ejerce un superior sobre sus subordinados. Es el arte de estimular el esfuerzo

del personal y dirigirlo hacia un determinado objetivo, de tal manera que se obtenga del subordinado confianza, obediencia, respeto y cooperación leal.

El que manda debe exigir al subordinado apego al deber, y para lo cual debe crear en su interior condiciones apropiadas de disciplina, entusiasmo, confianza, fidelidad, moral, espíritu de cuerpo y eficacia. Dentro del concepto de la obediencia, se debe tener en cuenta las cualidades de quien ejerce el mando, basadas en la autoridad moral y el ascendiente que debe ejercer sobre sus subordinados, así como la consecuente disposición que ellos asumirán para obedecer y cumplir sus órdenes.

Quien manda debe ser responsable, requiriendo esfuerzo, auto exigencia y superación, buscando el camino de la excelencia; al asumir el mando asume responsabilidad, sin opción a delegación y menos compartirla.

Al finalizar su misión, quien ejerce el mando aceptará el premio o la condena de sus órdenes, forjando de esta manera su propia imagen y tiene el privilegio de modelar, a través de ella, la personalidad de su unidad y de sus subordinados, poniendo de manifiesto su formación militar, idoneidad, suficiencia y disposición para la conducción.

La organización militar, para efectos de su funcionamiento tiene una estructura piramidal en la que uno manda y los demás obedecen, pero para que esto funcione de manera natural, previamente resulta necesario haber conseguido establecer una sólida disciplina.

El ejercicio del mando involucra la autoridad y responsabilidades propias del cargo, para el planeamiento, organización y

control de las actividades militares o administrativas; además, incluye responsabilidades por la salud, bienestar, moral y disciplina del personal subordinado.

#### **VII.4. La subordinación**

Es un elemento vital en una organización militar, en tanto que existen jerarquías, y a su vez genera una relación de interdependencia en cada uno de los escalones. En este sentido el sometimiento del subordinado para la obediencia y respeto del superior, se encuentra condicionada a la manera cómo el superior ejerce el mando; es decir, el liderazgo descansa en la capacidad técnica de quien manda.

#### **VII.5. El delito de función militar**

La Constitución Política del Perú, a través de sus artículos 165 y 166, asigna funciones trascendentales a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, traducidas en garantizar la defensa, independencia, soberanía, integridad territorial, y de manera excepcional, participar en la seguridad y orden interno.

Estas funciones se cumplirán de manera idónea, siempre y cuando se asegure la disciplina y el orden, sancionándose los delitos de función, a través del Fuero Militar Policial, cuyo reconocimiento tiene nivel constitucional.

La importancia de la sanción de los delitos de función ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Lori Berenson vs Perú) estableciendo que es importante para mantener el orden y la disciplina, con la finalidad de proteger intereses jurídicos especiales.

Por su parte el Tribunal Constitucional (Expediente N° 00454-2006-HC/TC) ha

señalado que sancionar los delitos de función incide “en la seguridad del Estado, el orden constitucional y la disciplina de las instituciones castrenses”.

Dentro de la legislación penal militar nacional, el delito de función se encuentra conceptualizado en el artículo II del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1094, Código Penal Militar Policial, bajo el siguiente precepto: “El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del 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”.

Este concepto constituye un límite al campo de acción de la justicia militar, excluyendo al personal en situación de retiro y a quienes no ostentan la condición de militar.

### **VIII. LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL MILITAR DEL PERÚ**

Repasemos legislativamente como el tratamiento de la omisión impropia en el Perú es de reciente data:

- Ley N° 8991, de 17 de octubre de 1939: Código de Justicia Militar. No tiene tratamiento legislativo.
- Decreto Ley N° 11380, de 30 de mayo de 1950: Código de Justicia Militar. No tiene tratamiento legislativo.
- Decreto Ley N° 23214, de 24 de julio de 1980: Código de Justicia Militar. No existe un tratamiento legislativo claro, limitándose a prescribir el delito culposo de manera general, en el artículo

7, de la forma siguiente: “Se considera infracción por culpa la que es consecuencia de un acto lícito ejecutado sin las precauciones requeridas por las circunstancias y por la condición o situación personal del actor, causando un daño que pudo evitar”.

- Decreto Legislativo N° 961, de 11 de enero de 2006: Código de Justicia Militar Policial. Por primera vez se conceptualiza la omisión impropia:

“Artículo 10.- Omisión impropia.

Será sancionada la omisión de los deberes de función militar o policial por razón de su cargo o función, siempre que el no evitarla equivalga, según el texto de la ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada”

- Decreto Legislativo 1094, del 31 de agosto de 2010: Código Penal Militar Policial.

Mantiene la misma conceptualización del Decreto Legislativo N° 961, reconociendo la existencia del delito omisión impropia en la legislación militar, como parte del delito de función:

“Artículo 9.- Comisión por omisión.

Será sancionada la omisión de los deberes de función militar o policial por razón del cargo o función, siempre que el no evitarla equivalga, según el texto de la ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada”.

## IX. CONCLUSIONES

1. La posición de garante constituye la condición jurídica para atribuir

responsabilidad por omisión impropia, a quienes ejercen el mando militar.

2. El ejercicio del mando militar reconoce al superior exigir el cumplimiento de sus órdenes de parte de sus subordinados, y a su vez asumir deberes y obligaciones, con la finalidad de garantizar la protección de bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas.
3. Ejercer el mando militar conlleva al deber jurídico de supervisar y controlar las actuaciones del subordinado en el cumplimiento de una orden.
4. El mando militar quedará eficientemente ejercido si la orden militar cumple con los requisitos de legalidad y legitimidad, de tal manera que solamente se espere del subordinado obediencia debida.
5. Si quienes ejercen el mando militar no cumplen de manera diligente o estricta con su deber de supervisión y control sobre los actos del subordinado, existe una alta probabilidad de desprotección de los bienes jurídicos institucionales, por tanto, el suficiente fundamento para atribuirles responsabilidad por omisión impropia.
6. Para finalizar, nos atrevemos a indicar que la manera más deseable de ejercer el mando militar es dando cumplimiento a las leyes, reglamentos y a las órdenes de los superiores jerárquicos. No obstante, para que ello suceda se necesita capacitación para la toma de decisiones y conocimiento sobre la responsabilidad por omisión impropia, en tanto que existe una situación de desprotección de los bienes jurídicos institucionales.

## X. RECOMENDACIONES

Se propone, a través de los canales regulares administrativos, que, en los procesos de investigación por irregular ejercicio del mando, se tenga en consideración lo siguiente:

1. Ejercer el mando militar implica asumir el deber y obligación de controlar y supervisar los actos de los subordinados en el cumplimiento de una orden; asimismo, se asume la posición de garante respecto de la protección de los bienes jurídicos institucionales.
2. La posición de garante, respecto de la protección de los bienes jurídicos institucionales, es la condición jurídica para atribuir responsabilidad por omisión impropia.
3. En los centros de formación, capacitación y perfeccionamiento se considere talleres que permitan difundir las consecuencias jurídicas del deber de supervisión y controlar de las actuaciones del subordinado, así como la posición de garante respecto de la protección de bienes jurídicos institucionales y su correlato con el delito de omisión impropia.

## XI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO, E (Enero – abril 1970). Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal. ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. T. XXIII, p. 35. Recuperado de:  
[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1970\\_10003500048\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES\\_Conducta\\_precedente\\_y\\_posici%F3n\\_de\\_garante\\_en\\_el\\_Derecho\\_penal](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1970_10003500048_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Conducta_precedente_y_posici%F3n_de_garante_en_el_Derecho_penal)
- BARRAGAN, W. (Julio - diciembre de 2006). Delitos de comisión por omisión (omisión impropia). *Revista del Postgrado en Derecho de la UNAM*, 2(3), 330.
- BERNALES, E. (1999). *La Constitución de 1993, Análisis comparado*. Lima: Rao SRL.
- BENAVENTE, H (2005) *La imputación objetiva en la comisión por omisión (tesis maestría)* UNMSM, Lima, Perú
- DAZA, M (2013) *La posición de garante en tratándose de los delitos impropios de omisión cometidos por los militares por incumplimiento de sus funciones constitucionales y legales: análisis de la sentencia SU-1184 de 2001(Tesis Maestría)* Universidad EAFIT, Medellín, Colombia
- ESPINOZA, C. (2011). *Derecho Militar Mexicano (Cuarta ed.)*. Porrúa, México.
- GARCÍA, V (1998). *Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993. Tomo. I: Fondo Editorial de la Universidad de Lima*.
- GARROCHO, A (2014) *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional (Tesis de doctorado)* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España

- GOMEZ, María. (2004). ¿A un espacio de la Racionalidad para la Obediencia Debidada? De su Clásica Problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Novos Estudios Jurídicos*. Volumen 9º. Madrid, España.
- GRACIA, L. (2001). Los delitos de comisión por omisión (una exposición óptica de la doctrina dominante). En *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional a Distancia.
- IGOUNET Óscar, IGOUNET Óscar (h). (1985). *Código de Justicia Militar (anotado, comentado con jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera)*. Buenos Aires: El Jurista.
- PERDOMO, J. (2001). *La problemática de la posición del garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PRIETO, R. (2006). *Akayesu. El primer juicio internacional por genocidio*. Medellín: Dike.
- QUIROZ, R. (2006). *Manual de Derecho Penal I*. La Habana, Cuba: Félix Varela.
- Santillán, J. (2012) *La posición de garante en el derecho penal ecuatoriano (tesis maestría)* Universidad Nacional de Loja, Loja, Ecuador
- SILVA SANCHEZ, Jesús (2003). *Los Delitos de Omisión. Concepto y Sistema*. Buenos Aires/Montevideo: B. de F. Ltda.
- SILVESTRONI, M. H. (2004). *Teoría Constitucional del Delito*. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.
- VARGAS, J. (2006). *Posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública*. En *Prolegómenos, Derechos y Valores*, IX, 18, pp. 211-226. Recuperado de: <http://www.umng.edu.co/documents/63968/72400/prolegomenos-09.pdf>

Angie Gamarra Carbajal<sup>1</sup>

## EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL DEL PERÚ

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN; II. LA TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO III. CONCEPTOS NECESARIOS PARA EL TRATAMIENTO DEL TEMA; IV. DEL DERECHO A GUARDAR SILENCIO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR DEL PERÚ; V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES; Y VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### RESUMEN

La investigación se centra en el derecho al silencio en la jurisdicción militar policial en el Perú, comparándolo con el sistema penal común. Se plantea la hipótesis de que existen particularidades en la jurisdicción militar que podrían llevar a vulneraciones de este derecho fundamental. La investigación se apoya en el marco teórico del neoconstitucionalismo, que destaca la importancia de los derechos fundamentales y la dignidad humana. A nivel internacional, se observa que la interpretación y aplicación del derecho al silencio varía considerablemente entre los países. La investigación concluye que, aunque la legislación peruana establece claramente este derecho, su aplicación en el ámbito militar presenta desafíos específicos que requieren atención. Se recomienda que futuras investigaciones examinen el impacto de estas posibles vulneraciones en los resultados de los procesos judiciales militares.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a guardar silencio, jurisdicción militar policial del Perú, derechos fundamentales.

---

1 Oficial del Ejército Peruano, abogada.

## ABSTRACT

*The investigation focuses on the right to silence in the military jurisdiction in Peru, comparing it with the common criminal system. The hypothesis is raised that there are particularities in military jurisdiction that could lead to violations of this fundamental right. The research is based on the theoretical framework of neo constitutionalism, which highlights the importance of fundamental rights and human dignity. At the international level, it is observed that the interpretation and application of the right to silence varies considerably between countries. The research concludes that, although Peruvian legislation clearly establishes this right, its application in the military sphere presents specific challenges that require attention. It is recommended that future research examine the impact of these potential violations on the outcomes of military judicial processes.*

**KEYWORDS:** *Right to remain silent, military police jurisdiction of Peru, fundamental right.*

## I. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

### I.1. Investigaciones internacionales

En el contexto internacional, el derecho al silencio es un principio fundamental en muchos sistemas de justicia penal. Sin embargo, la forma en que se interpreta y aplica este derecho varía considerablemente entre los países. Por ejemplo, mientras que Irlanda ha tenido una historia de protección del derecho al silencio, también ha experimentado cambios legislativos que han interferido con este derecho, como se evidencia en la enmienda a la Constitución del Estado Libre de Irlanda en 1931 (Daly,

2021). A pesar de los cambios posteriores que restauraron la protección tradicional, las tensiones políticas y sociales han llevado a nuevas intervenciones en este derecho. Por otro lado, en los Países Bajos e Italia, la erosión del derecho al silencio ha sido impulsada en gran medida por la jurisprudencia. En los Países Bajos, aunque el derecho al silencio se consideraba anteriormente como absoluto, las decisiones judiciales recientes han permitido que el silencio del acusado se tenga en cuenta al evaluar las pruebas en su contra. En Italia, la jurisprudencia ha permitido inferencias basadas en el silencio del acusado, aunque con ciertas limitaciones, y siempre respetando el principio de presunción de inocencia (Daly, 2021).

Estados Unidos tiene un sistema de justicia militar separado, conocido como el Código Uniforme de Justicia Militar (UCMJ, por sus siglas en inglés). Aunque tiene su propio conjunto de reglas y procedimientos, los derechos fundamentales, como el derecho a no auto incriminarse, se aplican en este sistema. Los miembros del servicio militar tienen los mismos derechos constitucionales que los civiles, incluido el derecho a guardar silencio. La Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos establece que ninguna persona “será obligada en ningún caso criminal a ser testigo contra sí misma”. Esta cláusula ha sido la base fundamental para proteger el derecho de un individuo a no auto incriminarse; es decir, a guardar silencio (Guimarães, 2022).

El derecho al silencio ha sido objeto de debate en el Supremo Tribunal Federal de Brasil en varias ocasiones. Las decisiones han reafirmado el derecho del acusado a ser informado sobre su derecho a guardar

silencio y han establecido que el silencio no puede ser utilizado como única base para una condena. El derecho al silencio en Brasil se asemeja al “privilegio contra la autoincriminación” en el derecho angloamericano. Aunque cada sistema tiene sus particularidades, la esencia es proteger al acusado de la intimidación y el acoso estatal (Pereira, 2015).

Estos ejemplos internacionales demuestran la complejidad y la naturaleza evolutiva del derecho al silencio en las diferentes jurisdicciones. A medida que los sistemas de justicia penal enfrentan nuevos desafíos y cambian las dinámicas sociales, es esencial que se mantenga un equilibrio entre la protección de los derechos del acusado y la necesidad de administrar justicia de manera efectiva. Estos antecedentes ofrecen una perspectiva valiosa sobre cómo diferentes sistemas han navegado por estas tensiones y pueden informar debates y decisiones en otros contextos nacionales.

## 1.2. Investigaciones nacionales

El derecho al silencio, consagrado en el artículo 2., inciso 24.g, de la Constitución Política del Perú, es un pilar fundamental en el proceso penal peruano, y su observancia es imperativa tanto en la jurisdicción ordinaria como en la justicia militar. Este derecho, que protege al imputado de auto incriminarse, se materializa en el Código Procesal Penal peruano en su artículo 87.2, que establece que el imputado tiene el derecho de abstenerse de declarar y, si decide hacerlo, de responder solo algunas de las preguntas que se le formulen. Es crucial que, en el ámbito de la justicia militar, donde las estructuras jerárquicas y disciplinarias pueden ejercer una presión

adicional sobre el imputado, se garantice el pleno ejercicio de este derecho. Sin embargo, una cuestión técnica relevante es cómo se valora jurídicamente el silencio del imputado. En el ámbito procesal, el silencio no debe ser interpretado en detrimento del imputado ni como una presunción de culpabilidad. La jurisprudencia peruana ha sido clara en señalar que el silencio, por sí solo, no puede ser considerado como un elemento de prueba en contra del imputado. Es esencial que los operadores jurídicos, en especial aquellos que actúan en la jurisdicción militar, estén capacitados y actualizados en esta materia para evitar interpretaciones erróneas que puedan vulnerar el derecho de defensa del imputado (Gallego, 2016).

En el Informe N° 64 (Reforma de la justicia militar, 2018) de la Defensoría del Pueblo del Perú se pone de manifiesto la necesidad de revisar y adecuar el sistema de justicia militar, especialmente en lo que respecta al “derecho al silencio” y la protección de la información. Se destaca que, aunque los militares en situación de retiro recuperan plenamente sus derechos civiles, aún tienen el deber de guardar silencio sobre la información adquirida durante su servicio activo. La divulgación de dicha información, que podría comprometer la seguridad nacional o las operaciones militares, está tipificada en el Código Penal como delito de violación de secreto de interés para la República. Sin embargo, el informe sugiere que este tipo de delitos debería ser juzgado por tribunales comunes y no militares. Esta perspectiva refuerza la idea de que los militares retirados, al no estar en servicio activo, no deberían estar sujetos a las mismas restricciones y deberes que los militares en activo, y, por lo tanto, cualquier violación de estos deberes

debería ser tratada en el ámbito judicial ordinario.<sup>2</sup>

## II. LA TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO

El derecho a guardar silencio en el sistema jurídico peruano es una institución procesal que se erige como un pilar en la protección de los derechos fundamentales del individuo, especialmente en el ámbito penal. La importancia de este derecho se magnifica cuando se examina a través del prisma del neoconstitucionalismo, una teoría que pone en primer plano la fuerza normativa de la Constitución y la interpretación de los derechos fundamentales. En el neoconstitucionalismo, la Constitución no es simplemente un documento legal que establece las reglas básicas de una sociedad; es también un conjunto de principios y valores que deben guiar todas las ramas del derecho. En este contexto, el derecho a guardar silencio adquiere una dimensión más profunda. No se trata solo de una regla procesal, sino de una manifestación de la dignidad humana y la libertad individual, conceptos que son fundamentales en cualquier sistema jurídico que aspire a la justicia y la equidad (Valdivia, 2017).

Este enfoque teórico permite una comprensión más rica del principio de no autoincriminación, que es uno de los aspectos más cruciales del derecho a guardar silencio. Desde la perspectiva neoconstitucionalista, este principio no es simplemente una técnica para asegurar un juicio justo; es una expresión de la autonomía individual y la dignidad humana, que son valores constitucionales de la más alta importancia. La relación entre el derecho a guardar silencio y la presunción de inocencia también se fortalece bajo el neoconstitucionalismo. El silencio del imputado no debe interpretarse como una admisión de culpabilidad, sino como una manifestación de su derecho a exigir que el Estado cumpla con su obligación de probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Este es un claro ejemplo de cómo los principios y valores constitucionales pueden y deben interactuar entre sí para crear un sistema más justo.

Además, el neoconstitucionalismo pone un énfasis particular en la importancia del asesoramiento legal en la protección de los derechos fundamentales. En el caso del derecho a guardar silencio, esto significa que el imputado debe tener acceso a un abogado que pueda instruirle sobre las implicaciones legales y constitucionales de su decisión de hablar o guardar silencio.

---

2 Resulta necesario que el editor aclare este punto tratado por la autora. El Informe Defensorial N° 64, Lineamientos para la reforma de la Justicia Militar en el Perú, se emitió el 29 de marzo de 2002, texto que se incluyó, inclusive, como primera parte de otro Informe Defensorial posterior, siendo que sus alcances estaban referidos al Código de Justicia Militar de 1980, que fue derogado por el Código de Justicia Militar de 2006, Decreto Legislativo N° 961, que a su vez fue derogado por el vigente Código Penal Militar Policial de 2010, Decreto Legislativo N° 1094. En este último código, donde se detalla con claridad que se entiende por el delito de función expresado en la Constitución Política, ningún militar o policía en situación de retiro puede ser procesado en la jurisdicción militar, por ningún delito, ni siquiera por el delito de traición a la patria. Distinto será si después de pasar a la situación de retiro se descubre que cometió un delito de función estando en actividad, entonces, la competencia de la jurisdicción militar policial se activa.

De acuerdo con los autores sobre el tema “se entiende básicamente por neoconstitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la Segunda Guerra Mundial” (Hernando Nieto, 2008), que se caracteriza por su enfoque en los derechos fundamentales, la ponderación de valores y principios, y la vinculación entre el derecho y la moral. A continuación, se desarrollan los aspectos más relevantes de esta teoría (Orbe & Gastelú, s/f):

## II.1. Características del neoconstitucionalismo

**Enfoque en Derechos Fundamentales:** El neoconstitucionalismo se centra en la protección de los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad y la dignidad humana. Este enfoque se deriva de la necesidad de proteger a los individuos y las minorías contra posibles abusos del poder estatal o de la mayoría.

**Ponderación sobre subsunción:** En lugar de aplicar reglas jurídicas de manera mecánica, el neoconstitucionalismo aboga por una ponderación que equilibre diferentes valores y principios constitucionales. Este enfoque permite una interpretación más flexible y contextual del derecho.

**Judicialización del Derecho:** En el neoconstitucionalismo, los jueces desempeñan un papel más activo en la interpretación y aplicación de la Constitución. Esto se debe a la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales sean respetados y protegidos.

**Pluralismo Valorativo:** Reconoce la existencia de una pluralidad de valores y principios que coexisten en una sociedad democrática. Esto se contrapone a una visión homogénea o monolítica del derecho y la moral.

**Constitucionalismo invasivo:** La Constitución no se limita a ser un marco para la organización del Estado, sino que penetra en todas las áreas del Derecho, proporcionando directrices sustantivas para la resolución de casos.

## III. CONCEPTOS NECESARIOS PARA EL TRATAMIENTO DEL TEMA

### III.1. Derecho al silencio

Este concepto se refiere al principio jurídico que permite al imputado abstenerse de declarar en un proceso penal, con el objetivo de protegerlo de la autoincriminación. Este derecho está consagrado en la Constitución Política del Perú y se materializa en el Código Procesal Penal (Lopez, 2020). En el contexto de la justicia militar, este derecho adquiere particularidades que requieren un análisis detenido para garantizar su pleno ejercicio.

### III.2. Jurisdicción militar

Es un sistema de justicia especializado que se encarga de juzgar los delitos y faltas cometidos por miembros de las fuerzas armadas en el ejercicio de sus funciones. La jurisdicción militar en el Perú tiene su propio marco normativo y procedimental, lo que plantea interrogantes sobre la aplicación del derecho al silencio en comparación con el sistema penal común (Defensoría del Pueblo, 2003).

### III.3. No autoincriminación

Este principio prohíbe que el Estado utilice coacción para obtener una confesión o declaración del imputado que lo incrimine. Este principio es una manifestación del derecho al silencio y está intrínsecamente

relacionado con la dignidad humana y la autonomía individual (Quispe, 2018).

### III.4. Presunción de inocencia

Este principio jurídico establece que toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad mediante un proceso judicial. Este principio es fundamental para el ejercicio del derecho al silencio, ya que el silencio del imputado no debe interpretarse como una admisión de culpabilidad (Silva, 2019).

## IV. DEL DERECHO A GUARDAR SILENCIO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR DEL PERÚ

A través de un enfoque multidisciplinario, que incluye el examen de legislaciones, jurisprudencia y teorías, se logra comprender el tratamiento del derecho a guardar silencio en la jurisdicción militar del Perú.

En el ámbito legislativo, se ha observado que la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Penal peruano establecen claramente el derecho al silencio como un pilar fundamental en el proceso penal. Sin embargo, la investigación ha revelado que, en la jurisdicción militar, donde las estructuras jerárquicas y disciplinarias pueden ejercer una presión adicional sobre el imputado, la garantía plena de este derecho enfrenta desafíos específicos.

En el contexto internacional, se ha constatado que el derecho a guardar silencio es un principio universalmente aceptado, aunque su interpretación y aplicación varían considerablemente entre los países. Esta variabilidad internacional podría ofrecer perspectivas útiles para la adaptación y mejora del sistema peruano.

Desde el punto de vista teórico, el neoconstitucionalismo ha proporcionado un marco conceptual valioso para entender el derecho al silencio no solo como una norma procesal, sino también como una manifestación de la dignidad humana y la libertad individual. Este enfoque teórico subraya la importancia de una interpretación y aplicación cuidadosas del derecho, especialmente en un contexto tan delicado como el militar, donde los riesgos de vulneración son potencialmente mayores.

Existen particularidades en la aplicación del derecho al silencio en la jurisdicción militar peruana que requieren atención. Estas particularidades podrían llevar a vulneraciones de este derecho fundamental, lo cual es especialmente preocupante dado que el derecho al silencio es un pilar en la protección de los derechos humanos y la administración de justicia.

A nivel legislativo, aunque la Constitución y el Código Procesal Penal peruano establecen este derecho, su garantía plena en el ámbito militar enfrenta obstáculos específicos.<sup>3</sup> A nivel internacional, se observa

3 Nota del editor: El artículo 199 (Derechos del Imputado) establece, entre otros, el derecho del imputado “A guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad” (inciso 1.). “A ser asistido desde el primer acto del procedimiento por un abogado defensor” (inciso 3.). El artículo 209.- “Antes de comenzar la declaración, se informará al imputado acerca de sus derechos y se le advertirá que tiene la facultad de declarar o de abstenerse, sin que su negativa pueda ser utilizada en su perjuicio.”

una variabilidad en la interpretación y aplicación del derecho al silencio, lo cual podría ofrecer perspectivas para el sistema peruano. Desde el prisma teórico del neoconstitucionalismo, el derecho al silencio se entiende no solo como una norma procesal, sino también como una manifestación de dignidad humana y libertad individual. Se sugiere que futuras investigaciones se centren en estudios empíricos y en la aplicación práctica de teorías neoconstitucionalistas para garantizar la efectiva protección del derecho al silencio en el ámbito militar peruano.

## V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El estudio se fundamenta en una revisión exhaustiva de la literatura, tanto nacional como internacional, y se enmarca dentro de la teoría del neoconstitucionalismo, que pone en relieve la importancia de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

Se identifica una posible discrepancia entre la aplicación del derecho al silencio

en la jurisdicción militar y el sistema penal común en el Perú. Esta discrepancia podría llevar a vulneraciones del derecho al silencio, lo que a su vez podría tener serias implicaciones para la justicia y la equidad en los procesos judiciales militares.

Dado que el presente estudio se centra en el análisis del derecho al silencio en la jurisdicción militar peruana, una recomendación valiosa para futuras investigaciones sería examinar cómo las diferencias en la aplicación de este derecho afectan los resultados de los procesos judiciales en dicha jurisdicción.

Específicamente, sería útil investigar si las posibles vulneraciones del derecho al silencio tienen un impacto en las tasas de condena o en la percepción de la justicia dentro de las Fuerzas Armadas. Este enfoque permitiría no solo evaluar la eficacia del sistema de justicia militar en términos de respeto a los derechos fundamentales, sino también su impacto en la moral y la cohesión dentro de las instituciones militares.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DALY, Y., PIVATY, A., MARCHESI, D., & ter VRUGT, P. (2021). Human rights protections in drawing inferences from criminal suspects' silence. *Human Rights Law Review*, 21(3), 696–723. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngab006>
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2003). ¿QUIÉN JUZGA QUÉ? Justicia Militar Vs. Justicia Ordinaria El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- GALLEGO, J. M. A. (2016). EL DERECHO AL SILENCIO DEL IMPUTADO.
- GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, M. E. (2022). Revocation of Art. 305 of the Military Criminal Process Code in front of the Constitutional Guarantee of the right to silence. *REVISTA ELECTRONICA IBEROAMERICANA*, 16(2), 184–190. <https://doi.org/10.20318/reib.2022.7396>

- INFORME 64 DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR. (2018). Gob.pe. [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe\\_64.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_64.pdf)
- LÓPEZ AVENDAÑO, J. A. (2020, agosto 25). El derecho a guardar silencio en la declaración del imputado: ¿puede mentir el imputado en su declaración? a propósito del caso de los hechos notorios. La Ley. <https://laley.pe/art/10028/el-derecho-a-guardar-silencio-en-la-declaracion-del-imputado-puede-mentir-el-imputado-en-su-declaracion-a-proposito-del-caso-de-los-hechos-notorios>
- NIETO HERNANDO, E. (2008). Neoconstitucionalismo y teoría de la argumentación jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes? *Ius et Veritas*, 36, 328–338. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12264>
- ORBE, R. C., & GASTELÚ, S. A. V. (s/f). EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN UN ESTADO SEMICONSTITUCIONAL. Gob.pe. Recuperado el 20 de septiembre de 2023, de [https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/descentralizacion\\_retos\\_perspectivas\\_17.pdf](https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/descentralizacion_retos_perspectivas_17.pdf)
- PEREIRA, J. G. (2015). THE RIGHT TO SILENCE IN BRAZIL AND IN THE USA: PROPOSALS.
- QUISPE FARFÁN, F. S. (2018). El derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú.
- SILVA, C. H. (2019). el Derecho a la Presunción de Inocencia Desde un Punto de Vista Constitucional. *Edu. e.* <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/12793/13350/>
- VALDIVIA RODRÍGUEZ, C. M. (2017, octubre 10). El neoconstitucionalismo y su desarrollo en la jurisprudencia del TC. *LP; LP Derecho.* <https://lpderecho.pe/neoconstitucionalismo-desarrollo-jurisprudencia-tc>.

Francisco Renato Peña Sánchez<sup>1</sup>

## LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN COMO FACTOR QUE CONDICIONA LA ACCIÓN TÍPICA EN LA EVALUACIÓN DE LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE HOMICIDIO EN EL MARCO DE OPERACIONES MILITARES

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA; III. ESTADO DEL CONOCIMIENTO SOBRE EL TEMA; IV. ANÁLISIS SOBRE EL USO DE LA FUERZA EN EL PERÚ; V. ANÁLISIS TEÓRICO – EMPÍRICO DEL PROBLEMA; VI. CONCLUSIONES; VII. RECOMENDACIONES; Y VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto examinar las fuentes dogmáticas de la existencia de causas de justificación como condición de atipicidad en el delito de homicidio, con el fin de determinar la innecesaria participación de los órganos judiciales para ejercer jurisdicción abriendo un proceso penal contra el personal militar que participa en operaciones militares. Para lo cual se ha empleado el método analítico de la dogmática penal, obteniéndose como resultado la existencia de posturas divididas en cuanto al enfoque de las causas de justificación.

**PALABRAS CLAVE:** Causas de justificación, antijuricidad, operaciones militares, delito de homicidio.

### ABSTRACT

*The purpose of this work is to examine the dogmatic sources of the existence of justification causes as a condition of atypicality in the crime of homicide, in order to determine the unnecessary participation of judicial*

---

1 Oficial de la Marina de Guerra del Perú, abogado.

*bodies to exercise jurisdiction by opening criminal proceedings against military personnel. that participates in military operations. For which the analytical method of criminal dogmatics has been used, resulting in the existence of divided positions regarding the approach to the causes of justification.*

**KEYWORDS:** *Causes of justification, illegality, military operations, crime of homicide.*

## I. INTRODUCCIÓN

La concepción de Estado moderno supone edificar la idea de estructurar una organización social sólida que tenga como fin supremo el bienestar general de los conciudadanos que conforman la Nación, asentada en un determinado territorio y cuyo gobierno –entre otras competencias indelegables– se atribuye como función la defensa nacional, la administración de justicia y las relaciones exteriores o internacionales.

En dicho esquema de organización política, los Estados como organismos autónomos y soberanos cuentan con una Fuerza Armada encargada de la defensa de la soberanía; y, con funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que ejercen funciones de orden interno, en tanto se irrogan el monopolio de la fuerza, cediendo los ciudadanos una cuota de libertad y derechos en pro de la aspiración superior del bien común.

En virtud de dicho monopolio, el Estado soberano establece reglas para el uso o empleo de la fuerza frente a cualquier tipo de amenaza o violencia concreta, que atente contra la población civil o melle los propios cimientos de la organización estatal por parte de grupos armados u hostiles.

Así, en el ejercicio de la mencionada atribución, el personal militar está exento

de responsabilidad penal, puesto que su accionar goza de legitimidad. No obstante, ante la noticia de la existencia de pérdidas de vidas humanas como resultado del empleo de la fuerza, si bien resulta razonable realizar actos de investigación por los órganos que administran justicia, no resulta una práctica óptima que dichas investigaciones, en forma general, desencadenen en la formalización de procesos penales, en los cuales el personal militar se encuentre involucrado en calidad de procesado, cuando la regla general debe consistir en que el legítimo accionar constituya una causal de justificación que debe redundar en determinar una conducta atípica que suponga el archivo de cualquier investigación de forma preliminar.

## II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

En el ordenamiento jurídico peruano, la justicia militar policial no resulta competente para el juzgamiento de militares o policías por la presunta comisión de delitos contra la vida, el cuerpo o la salud, aun por hechos relativos a operaciones militares, siendo en estos casos competentes los tribunales de la justicia ordinaria penal.

Al respecto, se advierte que en la organización de la justicia ordinaria no se establece especialización en Derecho Penal Militar, Derecho Penal Operacional o Derecho Penal relacionado con la investigación de la comisión de delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, por lo que la percepción de los magistrados (jueces y fiscales) de la jurisdicción ordinaria, frente a un suceso de muerte producto de una operación militar, es la de la comisión de un ilícito penal relacionado con el homicidio.

Los magistrados de la jurisdicción común, que en una operación militar donde se puede producir un enfrentamiento con un grupo hostil, no conciben la posibilidad del accionar militar que no necesite de legítima defensa ante una agresión ilegítima, que baste la ventaja militar, contar con un objetivo militar claramente identificado y la eliminación de la fuente de riesgo como presupuestos que se enmarcan en el cumplimiento de un deber; por tanto, eximentes de responsabilidad penal.

### III. ESTADO DEL CONOCIMIENTO SOBRE EL TEMA

#### III.1. Antecedentes de la investigación

##### III.1.1. Investigaciones Internacionales

No se tienen investigaciones acerca de la causa de justificación en cumplimiento de un deber en el marco del empleo de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, donde se haya producido un enfrentamiento con algún grupo hostil con resultado de pérdida de vidas humanas.

##### III.1.2. Investigaciones Nacionales

No existen investigaciones acerca de la causa de justificación en cumplimiento de un deber en el marco del empleo de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, en un área del territorio nacional que ha sido declarada en estado de emergencia, y en virtud del cual éstas asumen el control del orden interno,

donde se haya producido enfrentamiento con grupo hostil con resultado de pérdida de vidas humanas.

#### III.2. Teorías sobre el delito

Se admite generalmente –prescindiendo de divergencias menores– que el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible.<sup>2</sup>

En la doctrina actual van imponiéndose dos ideas fundamentales respecto a esta definición: 1. Sus dos pilares básicos son la antijuricidad –el comportamiento humano y su tipicidad pueden verse como condiciones de la antijuricidad penal– y la culpabilidad; 2. La “antijuricidad” significa aquí objetiva contrariedad al Derecho penal (como juicio intersubjetivo, esto es, válido para todo sujeto), mientras que “culpabilidad” significa la posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable.<sup>3</sup>

##### III.2.1. Teoría bipartida del delito

En esta teoría se conciben dos elementos constitutivos del delito: la antijuricidad (compuesta por la tipicidad y el tipo negativo) y la culpabilidad.

Se entiende el delito como un hecho penalmente antijurídico y personalmente punible. Esta definición tiene dos partes. La primera, la antijuricidad penal, exige la tipicidad penal y la ausencia de causas de justificación. La segunda, la imputación personal, requiere que el hecho penalmente

2 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. 7º Edición. 2005. P. 145.

3 Op. Cit. P. 146.

antijurídico sea imputable a una infracción personal de la norma primaria por parte de un sujeto penalmente responsable.<sup>4</sup>

### III.2.2. Teoría tripartida del delito

De acuerdo con esta concepción el delito es una acción (u omisión), típica, antijurídica y culpable, resaltando en su estructura tres elementos a considerar: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad (término que debe diferenciarse de la acción culposa como elemento subjetivo en los delitos imprudentes).

### III.3. Marco Conceptual

La antijuricidad penal requiere la realización de un tipo penal sin causas de justificación.<sup>5</sup>

El primer requisito de la antijuricidad penal es la tipicidad penal. Un hecho es penalmente típico cuando se halla previsto por la ley como constitutivo de una especie o figura (tipo) de delito, como asesinato (...) ello asegura la relevancia penal del posible hecho antijurídico, pues no todo hecho antijurídico tiene carácter penal, sino solo los que realizan un tipo de delito.<sup>6</sup>

El segundo requisito de la antijuricidad penal es la ausencia de causas de justificación. El hecho que realiza un tipo penal (p. ej., un homicidio) no es antijurídico cuando

se efectúa bajo el amparo de una causa de justificación. Son causas de justificación... la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.<sup>7</sup>

En el cumplimiento de un deber, el presupuesto básico es que concurra un deber de lesionar el bien jurídico vulnerado. El Derecho en general y el Derecho Penal en particular suponen la posibilidad de recurrir a la coacción como medio de imponer sus normas. La Ley vincula a determinados cargos el ejercicio de dicha coacción: la policía, los jueces, fiscales, los funcionarios de prisiones, los superiores militares respecto a sus subordinados, y otras autoridades.<sup>8</sup>

Una causa de justificación presupone que dos intereses colisionan entre ellos de tal manera que sólo uno de ellos puede imponerse.<sup>9</sup>

Una conducta está justificada cuando la colisión de dos bienes jurídicos se soluciona de manera legal, permitiendo la intervención. Una conducta es disculpada cuando la intervención en un bien jurídico ajeno no es legal, sino prohibida, pero pese a ello el legislador no hace responsable al autor porque o bien falta culpabilidad o bien falta una necesidad preventiva de punición.<sup>10</sup>

En los fundamentos 14° y 15° del Acuerdo Plenario Nro. 05-2019/CJ-116, del XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales

4 Op. Cit. P. 147.

5 Op. Cit. P. 154.

6 Op. Cit. P. 154.

7 Op. Cit. P. 156.

8 Op. Cit. P. 480.

9 ROXIN, Claus. La Teoría del Delito en la discusión actual. 2007. P. 229-230.

10 Op. Cit. P. 258.

Permanente, Transitoria y Especial, se señala respecto a la causa de justificación por cumplimiento del deber, citando a CARO JHON, que se está ante una causa de exclusión de tipicidad, o más concretamente, ante una causa de exclusión de la imputación objetiva, puesto que la conducta practicada nunca alcanzará un significado típico cuando reúna el sentido de un obrar conforme a ley, a un deber, a un derecho, oficio o cargo, mientras que VILLAVICENCIO TERREROS aclara que cuando haya una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara, presentándose una grave contradicción; no actuar sería tan típico como actuar. Al respecto, el entendimiento mayoritario del cumplimiento del deber como causa de justificación debe ser reconducido a la imputación objetiva (riesgo permitido) como elemento integrante del tipo. Se trata un debate relevante dado que si el miembro policial no cumpliera su deber de obrar incurriría en conducta omisiva probablemente delictiva, de modo que no puede constituir causa de justificación la obligación de no delinquir.

#### **IV. ANÁLISIS SOBRE EL USO DE LA FUERZA EN EL PERÚ**

En las últimas décadas del siglo XX, la República del Perú sufrió una convulsión social que escaló a estados de violencia permanente, generado por el accionar de grupos armados, cuyo propósito era devastar la organización política del país y refundar una nueva república de corte marxista, leninista y maoísta.

La escalada de violencia de los elementos terroristas tuvo como escenario áreas rurales de la sierra sur del país, y se fue extendiendo a zonas urbanas de la sierra, la

selva y la costa, alcanzando las principales ciudades del país, hasta asentarse con mayor magnitud de fuerza en la capital de la República.

En principio el combatir a estos grupos armados fue tarea de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, responsables del orden interno, que en nuestra organización estatal recae en la Policía Nacional del Perú, perteneciente al Ministerio del Interior, integrante del Poder Ejecutivo.

Posteriormente, por política de gobierno, en los primeros años de la década de los ochenta, se dispuso la intervención de las Fuerzas Armadas en las zonas donde se desató la violencia terrorista, contando con un marco legal débil, que dio cabida a muchos cuestionamientos de orden ideológico, político y jurídico, lo que provocó que por mucho tiempo los miembros de las Fuerzas Armadas fueran objeto de descalificaciones por su accionar.

Ello contribuyó a que se abran procesos penales en los cuales se vio involucrado el personal militar, muchos de los cuales terminó en condena, la misma que han purgado durante los años subsiguientes al término de la violencia.

Ello no supone el amparo del abuso de poder y los excesos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas, situaciones por las que tienen que responder ante la justicia, resultando evidente en este contexto que fue la población civil la más perjudicada con el conflicto acontecido en el territorio nacional.

Es por esa causa, que se concibió que el accionar de los miembros de las Fuerzas Armadas sea excepcional y en apoyo de la Policía Nacional del Perú, Institución cuya

función original es el control del orden interno.

Al respecto, existe un desarrollo constitucional que regula la figura de los estados de excepción, entre los que se cuenta el “Estado de Emergencia”; situación excepcional que supone la restricción del ejercicio de algunos derechos fundamentales, para hacer frente a un hecho de violencia, desastre natural, epidemia, etcétera; en la que se puede autorizar la intervención de las Fuerzas Armadas.

En esa línea, se debe precisar que la intervención de los miembros de las Fuerzas Armadas en territorio nacional es excepcional, cuando así lo disponga el presidente de la República; en tanto, la función primordial en dichas organizaciones pertenecientes al Ministerio de Defensa, es la Seguridad y Defensa Nacional.

El desarrollo normativo nacional, hizo que se estableciera un marco legal de empleo y uso de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas en territorio nacional en apoyo de la Policía Nacional cuando se declare un Estado de Emergencia.

Como situación particular, se reguló el empleo de la fuerza, como la forma autorizada que tienen los miembros de las Fuerzas Armadas, para enfrentar a un grupo hostil, de una zona geográfica determina y por un periodo específico, con una declaratoria de estado de emergencia previa, solo cuando estos están a cargo del control del orden interno y la Policía Nacional coadyuva en su dicha labor.

En la organización del Ministerio de Defensa, es el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas quien se encarga de las operaciones militares con los elementos logísticos, bélicos y personales que son proveídos por las Instituciones de las Fuerzas Armadas.

En el marco del empleo de la fuerza, los miembros de las Fuerzas Armadas se despliegan para ejecutar operaciones militares, donde la regla general es el empleo de la fuerza letal contra un grupo hostil, producto de las cuales puede haber pérdida de vidas humanas.

En dicho escenario, se debe plantear la posibilidad que se produzcan bajas en las filas del grupo hostil o que haya fallecidos de miembros de la población civil no participantes en las hostilidades.

En el supuesto de bajas en las filas del grupo hostil, como consecuencia del enfrentamiento con miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, bajo un comando unificado, la eliminación de la amenaza del grupo armado (hostil), no configura delito de homicidio, puesto que el accionar de las Fuerzas Armadas se da en el marco del cumplimiento de un deber amparado en norma legal.<sup>11</sup>

Asimismo, cabe precisar que el empleo de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas se rige bajo el marco del Derecho Internacional Humanitario; y en cuanto al enfrentamiento con un grupo hostil se debe aplicar la regulación del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

11 Actualmente, el Decreto Legislativo Nro. 1095, es el marco legal que regula el empleo y uso de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas en territorio nacional.

En dicho contexto, el actuar de los miembros de las Fuerzas Armadas, habilita definir objetivos militares, emplear la ventaja militar para un ataque, sin que medie una agresión ilegítima, el empleo de la fuerza letal contra el grupo hostil.

En el supuesto descrito, no cabe la figura del homicidio simple o asesinato, en agravio de miembros del grupo hostil (armado, medianamente organizado, opera en un territorio determinado); puesto que el empleo de la fuerza es una potestad estatal, cuyo monopolio absoluto despliega la presunción que todos deben respetar el estado derecho, y frente a alguna amenaza o vulneración, el empleo de la fuerza resulta legítima; situación distinta a la violencia que es generada por el grupo hostil, la cual es punible, en tanto su accionar esta proscrito por la ley penal.

Figura distinta se da con la muerte de civiles que no participaron de las hostilidades, en los que se debe determinar de dónde provino el elemento letal; si fue del grupo hostil o de miembros de las Fuerzas Armadas, debiendo dejar constancia, que los enfrentamientos armados son entera responsabilidad de los grupos hostiles, en los que las pérdidas materiales que mellan la economía nacional deben ser imputadas a éstos.

En el caso que la víctima civil haya sido producida por el accionar de las Fuerzas Armadas, se debe realizar el análisis si se está frente a un daño colateral, en tanto, la víctima tuvo el infortunio de estar en el lugar de los hechos, y cuya muerte no se pudo evitar, debiendo sopesarse en el análisis la ventaja militar, el empleo desproporcionado de la fuerza; entre otras consideraciones.

Los miembros del Ministerio Público y del Poder Judicial pueden cometer el error de establecer una relación jurídica procesal penal, con presupuestos imprecisos, como si se tratara de la configuración absoluta de la conducta criminal penada y que se ha cometido un abuso de poder estatal, si no tienen presente las instituciones jurídicas que rigen el Derecho Internacional Humanitario, la aplicación del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra; la figura de los objetivos militares y qué función cumplen en las operaciones militares; el emplear la ventaja militar para un ataque, sin que medie una agresión ilegítima; el empleo de la fuerza letal contra el grupo hostil, existiendo la posibilidad que no quede nadie con vida si el desarrollo del enfrentamiento no lo permitió.

Es por ello, que se debe establecer como mecanismo de defensa el invocar la causa de justificación, puesto que el accionar de los miembros de las Fuerzas Armadas en el legítimo empleo de la fuerza, configura el cumplimiento de un deber, otorgado mediante la autorización del Gobierno, en el marco de un estado de excepción y el ordenamiento jurídico vigente, frente a una amenaza o agresión ilegítima de un grupo hostil que se ha constituido en contra de los intereses del Estado.

Cabe señalar que el proceso de composición del marco normativo que habilita el accionar de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, ha sido uno plagado de escollos, amenazas al orden constitucional, grupos de interés que buscan desprestigiar el accionar de sus miembros, en el entendido que no están preparados para combatir la amenaza terrorista, sin que ello implique la violación a derechos humanos de la población y de los propios miembros de los grupos

hostiles, considerando como legítimos poseedores del ejercicio del uso de la fuerza a los miembros de la Policía Nacional.

Como disposición evolucionada y consensuada se dictó el Decreto Legislativo Nro. 1095, en el marco de delegación de facultades del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, mediante el cual se dictan las reglas de empleo y uso de la Fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en territorio nacional, estableciendo tres escenarios en el actuar de éstas: empleo de la fuerza contra un grupo hostil en un estado de emergencia, donde los miembros de las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno; uso de la fuerza cuando se ha declarado un estado emergencia donde los miembros de la Policía Nacional del Perú continúan asumiendo el control del orden interno con el apoyo de las Fuerzas Armadas; y uso de la fuerza en otras situaciones de violencia donde no se ha declarado el estado de emergencia, y como resulta evidente, la Policía Nacional del Perú asume el control del orden interno.

Recién el año 2020 que se aprueba, vía Decreto Supremo, el Reglamento del Decreto Legislativo Nro. 1095, en el marco de la declaratoria del estado de emergencia por la pandemia producida por el virus COVID-19; sin perjuicio de señalar que con anterioridad el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas había aprobado Manuales de aplicación de las reglas establecidas en el decreto legislativo antes aludido, siendo una tarea pendiente definir las reglas de enfrentamiento para combatir a los grupos armados.

El cuestionamiento a la participación de las Fuerzas Armadas dentro del territorio nacional en apoyo a la Policía Nacional del Perú, y con mayor énfasis cuando éstas asumen el control interno, es un fenómeno cíclico alimentado por organizaciones no gubernamentales, pro grupos terroristas que siempre han considerado la inconstitucionalidad de la norma especial que regula el empleo y uso de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Ello, significó en su oportunidad que se ponga en consideración del Tribunal Constitucional, vía proceso de inconstitucionalidad, el Decreto Legislativo Nro. 1095, para evaluar la constitucionalidad de la mencionada norma, habiendo sido ratificada y declarada en plena vigencia. En dicha oportunidad, el máximo intérprete de la Constitución precisó el alcance de la denominación de “grupo hostil” y que implicaba ello para el tratamiento y aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

Posteriormente, el legislador nacional consideró pertinente derogar el mandato legal que permitía el accionar de las Fuerzas Armadas sin que medie un estado de excepción, en el entendido que el apoyo de éstas a la Policía Nacional en otras situaciones de violencia (terrorismos, narcotráfico, minería ilegal, etc.), se requiere previamente que se declare el Estado de Emergencia, invocando una interpretación sistemática de la norma legal evaluada y el precepto constitucional contenido en el artículo 137 de la Carta Magna.<sup>12</sup>

12 “Artículo 137.- Estados de excepción. Estado de emergencia y estado de sitio (...)

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el presidente de la República.”

No obstante, ello, cabe mencionar que resulta de antigua data la relación existente entre los procesos electorales, nacionales, regionales o locales, en los que los miembros de las Fuerzas Armadas participan activamente, haciendo uso de su armamento reglamentario, en los que debe definirse el uso de la fuerza, estableciendo excepcionalmente la posibilidad del uso de fuerza letal. Ello debe darse en el marco de los Derechos Humanos, debiendo considerar que se trata de un proceso democrático y se está interactuando con la población civil en ejercicio de un derecho político por excelencia.

Asimismo, cabe señalar que los otros dos pilares que sostienen el *Ius Imperium* del Estado para ejercer el monopolio absoluto del uso legítimo de la fuerza, está dado por el Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por miembros de la Policía Nacional y el Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la Autoridad Marítima Nacional.

## V. ANÁLISIS TEÓRICO – EMPÍRICO DEL PROBLEMA

Cabe señalar que el Código Penal contempla la causa de justificación por el cumplimiento del deber, siguiendo el Código Penal español; sin embargo, se pretende presentar la legítima defensa como el medio preponderante en la causa de justificación frente a la calificación antijurídica de una conducta.

Ello resulta elevadamente riesgoso, porque como se ha precisado, el supuesto del empleo de la fuerza no requiere la

preexistencia de una agresión ilegítima de la que el personal militar se debe defender o repeler,<sup>13</sup> siendo válida la hipótesis de un ataque sorpresivo en atención a la ventaja militar y sobre un objetivo militar previamente determinado. Asimismo, este ataque puede ser letal, si lo que se pretende es neutralizar la amenaza, fuente de violencia que se combate.

Es en este cuadro en que surge la necesidad de establecer un protocolo particular en los operadores de justicia, sobre todo los representantes del Ministerio Público, que también tienen su cuota de responsabilidad en favor de la seguridad, orden público, tranquilidad y paz social.

## VI. CONCLUSIONES

El marco normativo para el ejercicio legítimo de empleo de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, es el instrumento jurídico que ampara el accionar durante el desarrollo de una operación militar, en la cual se enfrente a un grupo hostil con el consiguiente resultado de muerte por bajas en las filas del referido grupo armado.

El cumplimiento del deber como causa de justificación ante la antijuricidad, en el caso del empleo de la fuerza en un escenario declarado en estado de emergencia; es decir, cuando los miembros de las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, hace que no se configure el delito de homicidio por falta de un elemento constitutivo, en tanto surge una exigente de responsabilidad.

13 Pudiendo producirse tal circunstancia sin que se desenfoque el objeto de análisis.

Ello implica, que fiscales y jueces evalúen los hechos donde se registren muertes de miembros del grupo hostil en el marco del Derecho Internacional Humanitario, donde el asesinato supone la vulneración de alguna regla de éste, pero que por norma general no se configura ningún delito, cuando las bajas provienen de un enfrentamiento.

Invocando la teoría bipartita, la causa de justificación configura una tipicidad negativa, esto es ausencia de la figura típica, con lo que el cumplimiento del deber en el marco de una operación militar, con pérdidas de vidas humanas, constituye una figura atípica no punible por el Derecho Penal, por lo que el Ministerio Público no debe ejercer la acción penal.

Este mecanismo viabiliza la labor de las Fuerzas Armadas en la lucha frontal contra el flagelo terrorista que ha significado la pérdida de miles de vidas humanas y daños millonarios a la infraestructura pública y privada. En este contexto, los representantes del Ministerio Público y los magistrados del Poder Judicial, también cumplen un rol importante en la lucha contra la subversión, por lo que se espera de ellos el mayor profesionalismo y conocimiento profundo de la institución jurídica analizada.

## VII. RECOMENDACIONES

Los medios de defensa del personal militar involucrado en un proceso penal como consecuencia de la pérdida de vidas en las filas de un grupo hostil, en el marco de una operación militar, deben considerar la extinción de cualquier actividad fiscal o judicial, poniendo en contexto la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y la íntima vinculación con el cumplimiento de un deber, con causa de justificación de antijuricidad en el comportamiento de los militares en un enfrentamiento armado.

Siendo óptima la especialización de la jurisdicción penal en el marco del Derecho Internacional Humanitario, resulta pertinente –hasta que ello no ocurra– el promover la capacitación constante de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público en el desarrollo del orden jurídico del empleo de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, a fin de persuadir en su accionar la apertura innecesaria de causas penales contra militares, que en cumplimiento del deber tienen que asumir un enfrentamiento armado con un grupo hostil.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. 7º Edición. Julio César Faira editor. 2005.

ROXIN, Claus. La Teoría del Delito en la discusión actual. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2007.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Investigación en las Ciencias Jurídicas. 2º Edición. ARA Editores. 2006.

VARIOS AUTORES. Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación. Editor GÓMEZ- JARA Díez, Carlos. Ara Editores. 2007.

Lesly Stephany Castro Cubas<sup>1</sup>

## LA ÉTICA MILITAR APLICADA A LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ EN LAS FUERZAS ARMADAS

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. CONCEPTOS TEÓRICOS NECESARIOS PARA ABORDAR EL COMPORTAMIENTO ÉTICO EN OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE PAZ; III. ESTRATEGIAS PARA ABORDAR Y RESOLVER LAS CUESTIONES ÉTICAS QUE SURGEN DURANTE LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE PAZ; IV. CONCLUSIONES; Y V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA;

### RESUMEN

El objetivo del presente artículo es proporcionar una visión general sobre la ética en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, vinculado con la normativa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. No solo se busca que el personal de las fuerzas armadas de cumplimiento a las normas jurídicas, sino que construya una ética en escenarios de paz, que quienes desarrollen operaciones de mantenimiento de paz logren acertados procesos en la toma de decisiones.

De esta forma, se empleará un método de investigación documental con estudios cualitativos, el cual implica basarnos en fuentes escritas que ya han sido generados por personas, investigadores o instituciones para diversos propósitos (Díaz & Sime, 2009, p. 8).

Asimismo, la pregunta a la que pretenderemos dar respuesta es la siguiente: ¿Cuáles serían las estrategias efectivas para abordar y resolver las cuestiones éticas que surgen durante las operaciones de mantenimiento de paz?, teniendo como objetivo que se fundamenta en la búsqueda bibliográfica

---

1 Oficial de la Fuerza Aérea del Perú, abogada.

y el apoyo en las teorías de justicia de Rawls, Habermas y Alexy.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos Humanos; Derecho Internacional Humanitario; ética militar; Operaciones de Mantenimiento de la Paz; Fuerzas Armadas; teorías de justicia.

## ABSTRACT

*The objective of this article is to provide a general overview of ethics in Peacekeeping Operations, linked to the regulations of Human Rights and International Humanitarian Law. It is not only intended that the personnel of the Armed Forces comply with legal regulations, but also that they build ethics in peace scenarios, so that those who carry out Peacekeeping Operations achieve accurate decision-making processes.*

*In this way, a documentary research method will be used with qualitative studies, which implies relying on written sources that have already been generated by people, researchers or institutions for various purposes (Díaz & Sime, 2009, p. 8).*

*Likewise, the question to which we will try to answer is the following: What would be the effective strategies to address and resolve the ethical issues that arise during Peacekeeping Operations?, having as an objective that is based on the bibliographic search and the support in the theories of justice of Rawls, Habermas and Alexy.*

**KEYWORDS:** *Human Rights; International human right; military ethics; Peacekeeping Operations; Armed forces; theories of justice.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La ética militar es un aspecto fundamental en el contexto de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz. Estas operaciones,

que buscan preservar la paz y la seguridad internacional, a menudo involucran a militares de diferentes países y culturas trabajando juntos en situaciones delicadas. En este sentido, la ética militar se ha convertido en un pilar esencial para guiar las acciones de estos militares y garantizar que sus operaciones sean moralmente justificadas.

Así, la justificación de la ética militar es necesaria para posibilitar y de esa forma mejorar la capacidad de juicio en el ejercicio de la violencia, razones que deben estar justificadas en razones éticas y ajustarse a los Derechos Humanos y, en particular, al Derecho Internacional Humanitario (Moliner, 2018). Asimismo, lo mencionado se aplica también en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz en las fuerzas armadas para garantizar la protección y seguridad, proteger a los civiles, apoyar a las organizaciones de procesos electorales, ayudar a los ex combatientes, proteger y promover los Derechos Humanos y ayudar a restablecer el Estado de Derecho (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2020, s. p.).

En el desarrollo de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OMP), se han observado una serie de repercusiones en las personas que forman parte de la comunidad anfitriona, en la cual se lleva a cabo el mandato de las Naciones Unidas. Con el incremento de estas operaciones, esta situación ha impactado a la comunidad internacional, generando así un dilema ético en cuanto a la necesidad de llevar a cabo este tipo de intervenciones. Por un lado, se busca brindar protección y asistencia al Estado anfitrión que solicita la misión para superar las condiciones conflictivas. Por otro lado, diversas acciones por parte de los pacificadores pueden afectar a la sociedad local, abarcando desde casos de abusos sexuales hasta la explotación de recursos naturales y la manipulación de la

ayuda humanitaria. Estas circunstancias han llevado a que la Secretaría de las Naciones Unidas plantee la imperante necesidad de fortalecer los aspectos éticos tanto de los militares como de los demás individuos civiles que participan en las operaciones de mantenimiento de paz.

De esta forma, en el presente artículo nos aproximaremos a que en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz se logre acertados procesos en la toma de decisiones. Por lo tanto, se buscará dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿Cuáles serían las estrategias efectivas para abordar y resolver las cuestiones éticas que surgen durante las Operaciones de Mantenimiento de la Paz? Así, dando una respuesta aproximada a la interrogante planteada se considerará que las teorías de justicia de los autores de Alexy, Rawls y Habermas serían aportes a los Estados y a las comunidades internacionales para que se lleguen a consensos que relacionen a la ética, seguridad y derecho en términos de justicia, que den solución a aquellas situaciones que puedan afectar a las Operaciones de Mantenimiento de la Paz por acciones de sus miembros.

## II. CONCEPTOS TEÓRICOS NECESARIOS PARA ABORDAR EL COMPORTAMIENTO ÉTICO EN OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE PAZ

### II.1. Definición de ética militar

Según lo expresado por Cortina (2012), la ética representa un ámbito de reflexión y estudio teórico en el cual se examinan y analizan las acciones humanas realizadas voluntariamente desde la perspectiva de su bondad o maldad. En este contexto, existen diversas corrientes éticas que se especializan en evaluar lo que se considera correcto o bueno (Cortina, 2012, p. 197).

La ética abarca un ámbito reflexivo y teórico en el que se reflexiona sobre la cuestión de lo correcto y lo incorrecto en las acciones humanas, que realiza un individuo de manera consciente y por elección propia. La ética evalúa los actos libres de las personas, proporcionando argumentos y razones, y llega a la conclusión de que algunos actos son buenos y valiosos en contraposición a otros que son inapropiados y perjudiciales.

Por consiguiente, la ética confiere valor, argumentación y fundamentos a las acciones libres de las personas, con el propósito de determinar lo que es apropiado y valioso en contraposición a otras acciones que son percibidas como inadecuadas, inaceptables o simplemente negativas (Moliner, 2018, p. 6). En ese sentido, la ética es aquella que orienta la conducta del ser humano y da respuesta al por qué se puede hacer algo.

Así, conforme a lo mencionado, **se puede definir a la ética militar como aquellos principios y valores morales que guían el comportamiento de los militares en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades.** La ética militar considera que tanto los hombres como las mujeres que ejercen su profesión en las Fuerzas Armadas están dotados de razón y emoción. Se trata de individuos que, motivados por una fuerte inclinación hacia la heroicidad y un deseo de contribuir positivamente a la sociedad, se esfuerzan por fomentar un comportamiento ético.

Esto implica su compromiso en la promoción de una cultura y un ambiente moral de alta calidad dentro de su profesión (Moliner, 2018).

Además, resulta de gran importancia destacar la distinción entre la moral y el Derecho, aspecto de gran relevancia para

los miembros de las fuerzas militares. Esto se debe a que los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario desempeñan un papel sustancial en el ejercicio de sus responsabilidades en seguridad y defensa. Así, la totalidad de acciones, que varían desde las consideradas buenas hasta las malas, constituye lo que podemos llamar el comportamiento moral de una persona. La moral se basa en un conjunto de normas, principios, valores e ideales que guían, o al menos influyen, en la práctica de comportamientos que se consideran beneficiosos para el individuo. En ocasiones, la moral puede culminar en la creación de un conjunto de pautas o un código moral que sirve como una guía de conducta aceptable para aquellos que lo siguen. (González, 2014).

## **II.2. Concepto de Operaciones de Mantenimiento de la Paz**

El mantenimiento de paz se define como las actividades emprendidas por la comunidad internacional para mantener o restablecer la paz y la seguridad en áreas afectadas por conflictos armados. Asimismo, se refiere a operaciones militares cuyo propósito es preservar la paz una vez que las hostilidades han cesado, generalmente para respaldar la implementación de un acuerdo de alto al fuego o tregua, y para apoyar los esfuerzos diplomáticos destinados a lograr una solución política a largo plazo. Por otro lado, el establecimiento de la paz implica que las fuerzas militares se involucran en actividades de estabilización, a menudo en colaboración con actores no militares o en su apoyo. Estos esfuerzos suelen centrarse en consolidar o fortalecer las instituciones del Estado anfitrión con el objetivo de prevenir la recurrencia de conflictos. (Centro de Ética Militar, 2019).

De esta forma, para ser más precisos, las Operaciones de Mantenimiento de la Paz son misiones internacionales en las que las fuerzas militares se despliegan en una zona de conflicto o post conflicto, bajo el mandato de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas (ONU), para mantener o restablecer la paz y la seguridad.

Así, la Organización de las Naciones Unidas representa las aspiraciones globales hacia la paz y la Carta de la ONU establece que todo el personal involucrado en operaciones de mantenimiento de la paz debe adherirse a los estándares más elevados de integridad y comportamiento.

Esto significa que los pacificadores, ya sean militares, agentes de policía o civiles, deben cumplir rigurosamente con las directrices del Derecho Internacional Humanitario aplicables a las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU, así como con todas las disposiciones relevantes de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Se ha implementado una estrategia de tres niveles para abordar la conducta inapropiada, que incluye medidas preventivas, acciones coercitivas destinadas a hacer cumplir las normas de conducta de la ONU y medidas coercitivas adicionales.

Suele haber una tendencia a confundir comúnmente las Operaciones de Mantenimiento de la Paz con la imposición de la paz, por lo que es necesario destacar sus diferencias: en el primer caso, se requiere el consentimiento de las partes involucradas, mientras que en la imposición de la paz no es necesario; no obstante, ambas modalidades requieren la autorización del Consejo de Seguridad. Según el Centro de Ética Militar del King's College de Londres (2019), la imposición de la paz difiere del

mantenimiento de la paz, ya que no hay ningún proceso de paz en curso ni consentimiento de las partes en conflicto.

Siendo así, las Operaciones de Mantenimiento de la Paz se refieren a las misiones internacionales en las que los integrantes de las fuerzas armadas de un país se despliegan a una zona de conflicto, con la finalidad de mantener y restablecer la paz y la seguridad. Este despliegue suele ser bajo el mandato de organizaciones internacionales de las Naciones Unidas (ONU).

El artículo 1° de la Carta de las Naciones Unidas establece su principal objetivo como la preservación de la paz y la seguridad a nivel internacional. En este sentido, la organización se encarga de desarrollar estrategias con el propósito de prevenir y eliminar las amenazas a la paz, al tiempo que busca establecer entornos globales y regionales que contribuyan a mejorar las condiciones humanas y promover la protección y la paz. Sin embargo, la Carta no detalla los métodos ni los procedimientos específicos para lograr estos objetivos, a excepción de las disposiciones establecidas en el Capítulo VII, que otorgan autoridad legal para la acción a tomar en caso de amenazas a la paz, ruptura de la paz o actos de agresión.

Después, se introdujeron las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, concebidas por el antiguo ministro de Relaciones Exteriores de Canadá, Lester Pearson, y aprobadas por el entonces Secretario General, Dag Hammarskjöld. Estas operaciones se establecieron como un mecanismo destinado a supervisar el cumplimiento de los acuerdos de cese al fuego y a prevenir, contener o detener hostilidades en situaciones de conflicto armado. Después de la “Guerra Fría”, estas operaciones ganaron importancia debido a su capacidad para abordar conflictos

internacionales emergentes o más visibles ante la comunidad internacional, en parte como resultado del fin del mundo bipolar (Hernández, 1995)

Más de un millón de individuos, entre hombres y mujeres, han participado en 72 misiones de mantenimiento de la paz, generando un impacto significativo en la vida de millones de personas y contribuyendo al salvamento de innumerables vidas humanas. En la actualidad, las misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas cuentan con la participación de más de 87,000 personas, que incluyen personal militar, policial y civil, distribuido en un total de 12 operaciones en curso (ONU, 2022).

### II.3. La ética en las Operaciones de Mantenimiento de Paz

Analizaremos los principios éticos que deben guiar a los militares en estas operaciones, como la imparcialidad, la proporcionalidad y la protección de civiles.

Existen tres principios fundamentales que continúan definiendo las operaciones de paz de las Naciones Unidas como un enfoque singular para el mantenimiento de la paz y la seguridad a nivel global. Estos tres principios están interconectados y se refuerzan mutuamente:

- **Consentimiento de las Partes:** Las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas son llevadas a cabo con el consentimiento de las partes principales involucradas en el conflicto. Esto implica que las partes deben comprometerse a avanzar hacia un proceso político. El consentimiento es esencial para que las Naciones Unidas tengan la libertad

necesaria para llevar a cabo su mandato sin interferencias. Sin consentimiento, la operación corre el riesgo de involucrarse en el conflicto y de ser arrastrada a tomar medidas de imposición de la paz, lo cual desvía su propósito original.

- **Imparcialidad:** La imparcialidad es esencial para mantener el consentimiento y la cooperación de las partes principales, aunque no debe confundirse con la neutralidad o la pasividad. El personal de paz de las Naciones Unidas debe tratar a todas las partes en el conflicto de manera imparcial, pero no debe mostrar neutralidad al cumplir con su mandato. Esto significa que la operación debe sancionar las acciones de las partes que infrinjan los compromisos acordados en el proceso de paz o las normas internacionales.
- **No Uso de la Fuerza, excepto en Legítima Defensa y en Defensa del Mandato:** Las operaciones de paz de las Naciones Unidas no tienen la intención de imponer la paz, pero pueden utilizar la fuerza a nivel táctico con la autorización del Consejo de Seguridad, en legítima defensa o para proteger su mandato. En situaciones inestables, el Consejo de Seguridad ha otorgado mandatos “robustos” que autorizan a las misiones de paz a utilizar la fuerza como último recurso para disuadir la interrupción violenta del proceso político, proteger a los civiles de amenazas inminentes o ayudar a las autoridades nacionales a mantener el orden público.

La ética militar garantiza que los deberes del personal militar, mientras cumplen

con sus misiones y responsabilidades, se mantengan en un nivel óptimo de protección hacia la humanidad. Esto se hace sin perder de vista las implicaciones que sus acciones tienen en la sociedad, la política y la seguridad de individuos, comunidades y naciones, ya sea en el contexto de misiones internas o en Operaciones de Mantenimiento de la Paz. Los militares comparten la responsabilidad colectiva de los resultados y las consecuencias de sus acciones militares, sin perder de vista la responsabilidad individual de su comportamiento específico.

### III. ESTRATEGIAS PARA ABORDAR Y RESOLVER LAS CUESTIONES ÉTICAS QUE SURGEN DURANTE LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Para dar una aproximación sobre el tema nos basaremos en las teorías de justicia contemporáneas. Estas teorías se apoyan en marcos conceptuales que se centran en el diálogo y los procesos, promoviendo una renovación de la democracia que coloca al ser humano en el centro de las soluciones como el agente principal de su propio destino. Sin embargo, estas teorías no son dogmáticas y no dependen exclusivamente del derecho como norma, sino que abogan por la inclusión de la sociología y la política en armonía con las normas éticas. Por esta razón, a continuación, se exploran estas teorías de justicia.

En los conflictos armados posteriores a la bipolaridad, se observan graves infracciones a los Derechos Humanos y severas crisis humanitarias que tienen un impacto especialmente perjudicial en la población civil. Estos eventos incluyen desplazamientos masivos, actos de genocidio, tortura,

reclutamiento de menores como combatientes, violencia dirigida hacia grupos étnicos y religiosos, violencia de género y sexual, así como la destrucción de propiedades, entre otros abusos.

En la gran mayoría de casos, estas violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario demandan la intervención de la comunidad internacional con el objetivo de promover la reconciliación y la transición hacia la paz. Esto se logra a través de la intervención inicial y el posterior mantenimiento de la paz, que busca prevenir o contener los conflictos, restablecer la paz y respaldar la reconstrucción en un entorno posconflicto.

De esta forma, los principales dilemas éticos que surgen en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz abarcan una amplia gama de cuestiones, que van desde la explotación del poder de los miembros de la misión en relación con las condiciones socioeconómicas de los residentes de la zona donde se llevan a cabo las operaciones de mantenimiento, pasando por abusos sexuales a menores, prostitución, hasta llegar a casos de homicidio, tráfico de recursos naturales y el uso inadecuado de la fuerza militar. Aunque estos comportamientos a menudo son individuales, tienen un impacto significativo tanto en la misión específica como en la reputación general de las Naciones Unidas. Por lo tanto, es crucial encontrar soluciones prácticas para corregir estos errores y establecer directrices a largo plazo que fomenten acciones con un impacto positivo mayor en las personas que necesitan protección y están en proceso de transición entre un conflicto y la paz.

De lo expuesto, el sistema democrático de derecho, en el cual se basa la comunidad internacional, enfrenta desafíos

constantes y tensiones entre valores, lo que requiere un análisis desde diversas teorías de justicia. Por esta razón, las ideas desarrolladas por Rawls, Habermas y Alexy en relación con estos dilemas éticos son pertinentes y deben ser comprendidas por aquellos que forman parte de las fuerzas involucradas en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz.

El fundamento de Rawls se refleja en diversas facetas de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz y en el marco legal actual, que abarca desde la carta fundacional de las Naciones Unidas hasta resoluciones y tratados diseñados para salvaguardar la seguridad y la paz mundiales. Estos documentos tienen como principal objetivo asegurar la protección de la seguridad humana y la paz global, al tiempo que promueven el respeto por los principios de legalidad, separación de poderes, democracia y dignidad humana. Además, las acciones realizadas en el contexto de las misiones de paz tienen como enfoque central al ser humano, reconocen la diversidad y pluralidad de la humanidad, así como la solidaridad que facilita la prestación de asistencia humanitaria a quienes la necesitan en situaciones conflictivas y catastróficas en todo el mundo. Esta ayuda se brinda basándose en la dignidad compartida por todos los seres humanos, con una atención especial hacia aquellos que, debido a limitaciones físicas, mentales o económicas, se encuentran en una situación de vulnerabilidad particular.

La teoría de la justicia como un proceso de corrección y equilibrio de los derechos fundamentales, desarrollada por Robert Alexy, proporciona un marco normativo que permite a los jueces disponer de herramientas para sopesar la aplicabilidad de una norma, considerando tanto su peso

concreto como su peso abstracto. Esto se convierte en un mecanismo ideal para determinar cuál es la solución más justa en cada caso específico. En este contexto, las decisiones tomadas por los jueces con respecto a los hechos en cuestión deben respaldar su interpretación mediante normas de rango superior, incluyendo las normas internacionales.

Esto se hace en reconocimiento de los compromisos internacionales del Estado en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como otras normativas coincidentes. Esta práctica es significativa ya que permite abordar los perjuicios sufridos por los ciudadanos, independientemente de si son militares o civiles, cuando cometen acciones consideradas como delitos en el contexto de una misión internacional y que requieren una respuesta legal justa.

Por otro lado, Habermas, quien elabora el concepto de acción comunicativa, propone que los consensos pueden alcanzarse a través del diálogo entre miembros de una comunidad de hablantes. Este enfoque facilita la resolución de diferencias políticas, lo cual es esencial para que una democracia pueda tomar decisiones necesarias para establecer una convivencia que cumpla con los requisitos de paz y seguridad. Habermas contribuye a este grupo de autores que exponen la cuestión de la justicia necesaria para abordar los desafíos éticos que enfrentan las Operaciones de Mantenimiento de la Paz. Con este propósito, se debe entablar un diálogo con la comunidad en la que se desarrollan las operaciones, a fin de identificar y destacar las cuestiones éticas y problemáticas previamente mencionadas, y buscar soluciones prácticas que beneficien a todas las partes involucradas.

Asimismo, según Habermas (2003), es imperativo que los Estados implementen nuevos mecanismos de supervisión para sus contingentes desplegados en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, que estén fundamentados en la participación política. Esto debe lograrse a través de un proceso de diálogo basado en el consenso, en el que tanto ciudadanos como la comunidad internacional participen en igualdad de condiciones. En su breve ensayo titulado “El derecho internacional en la transición hacia un contexto posnacional,” Habermas (2003) señala que fue solo después del final de la Guerra Fría que el sistema internacional, a través de las Naciones Unidas, pudo desarrollar estrategias destinadas a mejorar las condiciones de sufrimiento en las comunidades afectadas por conflictos armados. Esto se logró mediante la implementación de acciones de paz e incluso “intervenciones armadas para imponer la paz” (Habermas, 2003, p. 31).

Ante lo mencionado, es importante señalar que, los conceptos de ética, ética militar, operaciones de paz y las teorías de justicia desarrolladas son fundamentales elementos que son necesarios para que los Estados puedan llegar a consensos que permitan que se creen mecanismos e instituciones jurídicas que enfrenten los posibles problemas éticos que se originen en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz.

Así, las Operaciones de Mantenimiento de la Paz cuentan con una variedad de recursos que deben organizarse en un marco legislativo, administrativo y político. Sin embargo, lo más crucial es el entorno real en el que se desarrollan, que abarca las experiencias cotidianas de la población local y de todos los actores involucrados en la misión. En este contexto, se

promueven valores de cooperación mutua y acciones solidarias destinadas a desarmar de manera efectiva las tensiones acumuladas a lo largo del tiempo. Por lo tanto, es de vital importancia el cumplimiento del código de conducta establecido por las Naciones Unidas, pero aún más relevante es la educación y la formación en Derechos Humanos, ya que estas contribuyen a mantener una conciencia constante sobre las posibilidades de abuso de poder que pueden surgir durante el trabajo de campo (Pérez, 2015).

Además, el Estado de derecho va más allá de la mera conformidad con las leyes en su aspecto formal; en su esencia, se fundamenta en una visión ética de la política y del sistema legal. Esto implica que el derecho positivo debe estar al servicio de los valores fundamentales de seguridad y justicia. En consecuencia, en el contexto de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, donde convergen diversos actores políticos, sociales, económicos y culturales, es esencial elaborar estrategias que garanticen que las acciones se rijan por un conjunto de valores esenciales que no perjudiquen a las comunidades que se encuentran bajo su protección.

#### IV. CONCLUSIONES

- La ética militar se ha convertido en un pilar esencial para guiar las acciones de estos militares y garantizar que sus operaciones sean moralmente justificadas.
- Las Operaciones de Mantenimiento de la Paz son misiones internacionales en las que las fuerzas militares se despliegan en una zona de conflicto o posconflicto, bajo el mandato de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas (ONU), para mantener o restablecer la paz y la seguridad.
- La ética militar garantiza que los deberes del personal militar, mientras cumplen con sus misiones y responsabilidades, se mantengan en un nivel óptimo de protección hacia la humanidad. Esto se hace sin perder de vista las implicaciones que sus acciones tienen en la sociedad, la política y la seguridad de individuos, comunidades y naciones, ya sea en el contexto de misiones internas o en Operaciones de Mantenimiento de la Paz.
- La teoría de la justicia ha permitido que se adquiera una mayor conciencia y los valores éticos resulten necesarios para evitar que su trabajo, en entornos alejados de sus hogares, se convierta en fuente de conflictos, sanciones legales o sufrimiento para las personas afectadas por sus acciones, quienes dependen de ellos para su protección. En este sentido, se hace un llamado a respetar los principios éticos de justicia y equidad como imperativos fundamentales en el desarrollo de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz.
- Los conceptos de ética, ética militar, operaciones de paz y las teorías de justicia desarrolladas son necesarios para que los Estados puedan llegar a consensos, que permitan que se creen mecanismos e instituciones jurídicas que enfrenen los posibles problemas éticos, que se originen en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. (2003). Justicia como corrección. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 161-173.
- CARRASCAL M. (s/f). Ética militar en las Operaciones de Mantenimiento de Paz. En: <https://librosesmic.com/index.php/editorial/catalog/download/82/73/1792?inline=1>.
- Centro de Ética Militar, K. C. (2019). Instituto para Formación en Operaciones de Paz. Obtenido de La ética en las operaciones de paz: [https://cdn.peaceopstraining.org/course\\_promos/ethics/ethics\\_spanish.pdf](https://cdn.peaceopstraining.org/course_promos/ethics/ethics_spanish.pdf)
- COFRE, J. (2005). Robert Alexy: La institucionalización de la justicia. *Revista Derecho*, 18(2), 247-255.
- CORTINA, A. (2012). Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica. Tecnos.
- DAZ, C., Suárez G., y Flores E. (2016) Guía de investigación en Educación. San Miguel: PUCP. Recuperado de [http://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/21165057/GUIA-DE-INVESTIGACION-EN-EDUCACION\\_21\\_11\\_16.pdf](http://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/21165057/GUIA-DE-INVESTIGACION-EN-EDUCACION_21_11_16.pdf)
- Ética militar en las Operaciones de Mantenimiento de Paz. (s.f.). Obtenido de Volumen III. Ética militar, equidad de género y construcción de paz: <https://librosesmic.com/index.php/editorial/catalog/download/82/73/1792?inline=1>
- GONZÁLEZ, J. A. (2014). Reflexiones sobre valores y ética militar. Obtenido de <file:///C:/Users/TOSHIBA/Downloads/Dialnet-reflexionesSobreValoresYEticaMilitar-7686008.pdf>
- HABERMAS, J. (2003). El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional. Katz.
- MOLINER, J. (2018). ¿Qué es la ética militar? *Boletín Electrónico del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 1-36. [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_marco/2018/DIEEEM16-2018\\_Etica-Militar\\_JAMoliner.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2018/DIEEEM16-2018_Etica-Militar_JAMoliner.pdf)
- NACIONES UNIDAS. (s.f.). Obtenido de Principios del Mantenimiento de la paz: <https://peacekeeping.un.org/es/principles-of-peacekeeping>
- PÉREZ, A. (2015). Operación de Mantenimiento de la Paz: Reto del posconflicto armado colombiano. *Ciencia y Poder Aéreo*, 10(1), 109-127. <https://doi.org/10.18667/cienciaypoderaereo.154>.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2020, noviembre 10). Qué es el mantenimiento de la paz. <https://peacekeeping.un.org/es/what-is-peacekeeping#:~:text=Los%20objetivos%20de%20las%20actuales,y%20promover%20los%20derechos%20humanos>.
- PÉREZ, A. (2015). Operación de Mantenimiento de la Paz: Reto del posconflicto armado colombiano. *Ciencia y Poder Aéreo*, 10(1), 109-127. <https://doi.org/10.18667/cienciaypoderaereo.154>.

Galiano Marcial López Cabrera<sup>1</sup>

## ANÁLISIS DE LA CONDUCCIÓN COMPULSIVA DEL IMPUTADO EN EL MARCO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1094, CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. ANÁLISIS DE LA CONDUCCIÓN COMPULSIVA DEL IMPUTADO EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL; III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES; Y IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### RESUMEN

Este artículo versa sobre la validez constitucional de la aplicación de la medida restrictiva del derecho a la **libertad del imputado**, como es la conducción compulsiva dispuesta por el fiscal. Se tomó como punto de partida el hecho de que el Decreto Legislativo 1094, Código Penal Militar Policial, no regula la conducción compulsiva del imputado dictada por el fiscal, a diferencia de la conducción compulsiva del testigo que se encuentra expresamente regulada en el artículo 293°. No obstante, en la práctica, mediante una norma de rango administrativo se posibilita que el fiscal disponga la conducción compulsiva de los imputados. El objetivo de este trabajo es determinar si la conducción compulsiva del imputado, dispuesto por el fiscal, resulta constitucionalmente válida, en el marco del Decreto Legislativo N° 1094.

Como resultado de la investigación, se logró establecer que la práctica de la conducción compulsiva del imputado, dispuesto por el fiscal, no es válida constitucionalmente, debido a que, por regla interpretativa

---

1 Oficial de la Policía Nacional del Perú, abogado.

del Código Penal Militar, las normas que coacten la libertad personal deben ser interpretadas restrictivamente; asimismo, por no tener expresa autorización legal. Finalmente, se recomienda que para la ejecución de la conducción compulsiva del imputado se requiere previa autorización judicial.

**PALABRAS CLAVE:** Conducción compulsiva, Validez constitucional, Disposición fiscal, Código Penal Militar Policial, Medidas restrictivas de la libertad.

## ABSTRACT

*This article deals with the constitutional validity of the application of the measure restricting the right to freedom of the accused, such as compulsive driving ordered by the prosecutor. The starting point was taken as the fact that Legislative Decree 1094, Military Police Penal Code, does not regulate the compulsive driving of the accused dictated by the prosecutor, unlike the compulsive driving of the witness which is expressly regulated in article 293. However, in practice, through an administrative rule it is possible for the prosecutor to order the compulsive driving of the accused. The objective of this work is to determine if the compulsive driving of the accused, ordered by the prosecutor, is constitutionally valid, within the framework of Legislative Decree No. 1094.*

*As a result of the investigation, it was established that the practice of compulsive driving of the accused, ordered by the prosecutor, is not constitutionally valid, because, by interpretative rule of the Military Penal Code, the norms that restrict personal freedom must be interpreted restrictively; also, for not having express legal authorization. Finally, it is recommended that prior judicial authorization is required*

*for the execution of the defendant's compulsive driving.*

**KEYWORDS:** *Compulsory citation, Constitutional validity, Fiscal provision, Police Military Penal Code, Restrictive measures of freedom.*

## I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC, declaró la inconstitucionalidad de gran parte de los delitos de función tipificados en el Código de Justicia Militar Policial de 2006; no obstante, reafirmó la real y necesaria importancia de la Jurisdicción Militar Policial.

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Lori Berenson VS Perú, justificó la existencia de la Jurisdicción Militar Policial, precisando que la necesidad e importancia de los delitos de función radica en preservar el orden y la disciplina en las fuerzas del orden, y está orientada a la protección de intereses jurídicos especiales, estrechamente relacionados con las funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

La sentencia de inconstitucionalidad citada significó para la normatividad de la Jurisdicción Militar Policial, el tránsito hacia los lineamientos y estándares de protección de los Derechos Humanos establecidos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; de tal forma, que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no constituyen islas respecto a la vigencia de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución. Los derechos irradian a todos los poderes públicos, a la población en su conjunto y a cada individuo que la conforma.

Toda norma garantista regula en su cuerpo normativo, las reglas de interpretación. El Decreto Legislativo 1094, en su libro tercero regula la Parte Procesal, en cuyo artículo 161° precisa que las normas que coacten la libertad personal, limiten el ejercicio de los derechos de las partes o establezcan sanciones procesales, se interpretarán restrictivamente; en ese mismo sentido, el artículo 162° establece que la limitación de un derecho fundamental requiere de expresa autorización legal.

La conducción compulsiva o conducción coactiva constituye una medida restrictiva de derechos, que tiene como objeto ejecutar por la fuerza una citación, principalmente para tomar la manifestación o conseguir interrogar al imputado, testigo o perito. Pero también, para que el investigado asista a la vista oral o como medio de presentar al individuo ante el juez, cuando la persona citada no se presente voluntariamente. Esta medida restrictiva es sumamente importante para operativizar y diligenciar céleremente los procedimientos establecidos en el Código Penal Militar Policial.

En nuestro ordenamiento jurídico, Decreto Legislativo 1094, se ha regulado expresamente la conducción compulsiva para los testigos. El artículo 293° señala textualmente: “Si el testigo no se presenta a la primera convocatoria, se le hará comparecer compulsivamente por medio de la fuerza pública”. A diferencia de lo regulado para el caso de los testigos, no se encuentra expresamente regulada la conducción compulsiva para el imputado.

Frente a esta omisión, y a efectos de optimizar el funcionamiento de la Jurisdicción Militar Policial, se ha aprobado la Directiva N°016-2021-FMP/SR-FS, para el Funcionamiento Operativo del Fuero

Militar Policial, en la cual si se establece que el fiscal, mediante la respectiva Disposición, puede ordenar la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito. No obstante, estamos frente a una norma de rango administrativo que habilita una medida restrictiva de la libertad.

En función a lo expuesto hasta ahora, surge la siguiente cuestión problemática: ¿Resulta constitucionalmente válida la conducción compulsiva ordenada por el fiscal en la fase de investigación, en el marco del Decreto Legislativo N° 1094?

## II. ANÁLISIS DE LA CONDUCCIÓN COMPULSIVA DEL IMPUTADO EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

### II.1. El Derecho a la libertad y sus limitaciones

El derecho a la libertad que emana de los instrumentos internacionales, y que en nuestro ordenamiento se consagra en el artículo 2°, inciso (24), de la Constitución Política del Perú de 1993, precisa textualmente: “toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales”.

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en su artículo 7°, así como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en su artículo 2, señalan que todo individuo goza de libertad, en ese sentido se prohíbe la privación de la libertad salvo por las causas fijadas en la Ley.

El derecho a la libertad es protegido por la Constitución y las normas internacionales como valor supremo de la persona, como condición sine qua non para que el

individuo desarrolle su personalidad (Burgoa, 1985, p.19). Tal es así que las normas internacionales ponen de relieve, junto al derecho a la vida, el derecho a la libertad de la persona, como exigencia genérica de la naturaleza humana.

Por su parte, Neyra Flores sostiene que la libertad es un valor infaltable en todo modelo democrático. La libertad supone: independencia, o autonomía, por la que constituye una esfera de autonomía privada, de decisión personal, protegida frente a presiones que puedan determinarla. En suma, el derecho a la libertad personal implica la libertad física del individuo, es decir la libertad de locomoción, el derecho de irse o de quedarse, o la facultad de desplazarse libremente de un lugar a otro y sin interferencias indebidas (2010, p. 496)

Ríos sostiene que el ser humano, por naturaleza, tiene un conjunto de derechos esenciales, de los cuales la libertad está por encima de todos, que es innata y esencial en el ser humano. Tiene un contenido axiológico pleno. La libertad constituye el bien máspreciado del hombre, por lo tanto, es un valor y un derecho fundamental. (2006, p.4). En la misma línea, Parent sostiene que para privilegiar su derecho a la libertad el hombre vuelve la lucha por su libertad en una forma de vivir, ya que es una demanda interior de todos los seres humanos (2000, p.150).

De las diferentes acepciones de la libertad, recogemos la libertad física, que viene a ser la libertad de la persona humana, de no actuar contra su voluntad y por acción arbitraria e ilegal de terceros. La libertad personal está referida a la libertad de la persona física corporal, siendo un derecho matriz y residual; es el derecho a que ni los poderes públicos ni terceros interfieran en la esfera

de autonomía personal, de autodeterminación y en la libertad de movimiento; es decir, la persona puede disponer de sí misma y de actuar teniendo en cuenta su propia voluntad sin otras limitaciones que las que impone el medio natural (Nogueira, 1999, p. 290).

Sin embargo, el derecho a la libertad personal no es absoluto, pues como lo establece la misma Constitución Política del Perú, en los literales (a) y (b) del numeral (24), artículo 2º, la libertad puede ser restringida o limitada mediante ley, es preciso hacer hincapié en este punto, que la habilitante para las restricciones al derecho a la libertad debe tener rango legal.

Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que puede imponerseles son intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, en cambio, se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales (EXP. N° 9426-2005-PHC/TC, fundamento 3).

## II.2. Exposición de la naturaleza de la conducta compulsiva

En el entendido de que no existe una definición legal sobre la conducción compulsiva, podemos interpretarla semánticamente. El término conducción, según la Real Academia Española, es la “acción y efecto de conducir” y, a su vez, el término conducir viene a ser “guiar o dirigir a alguien o algo hacia un lugar”. Asimismo, el término compulsiva, significa “que muestra apremio o compulsión” y, a su vez, el término compulsión significa “apremio que se

hace a una persona por parte de un juez o de una autoridad compeliéndola a realizar algo o a soportar una decisión o una situación ajenas”.

Tomando como referencia esa terminología y aplicándola al ámbito procesal, podemos afirmar que la conducción compulsiva es una medida coercitiva personal, por el cual una persona que se encuentra involucrada en un proceso de investigación es trasladada ante una autoridad competente, haciendo uso de la fuerza pública, y así asegurar su presencia en la diligencia programada.

Cáceres e Iparraguirre sostienen que esta medida resulta aplicable para el investigado, los testigos y peritos, y lo que se busca con esta medida es la colaboración de las personas involucradas en un proceso y así lograr una eficiente investigación (2008, p. 136). Conviene resaltar que la conducción compulsiva no es un mandato de detención, sino más bien, se trata de una retención, teniendo en cuenta que el representante del Ministerio Público no tiene función jurisdiccional, pero como titular de la investigación necesita de mecanismos que apoyen a la búsqueda de la verdad.

Conforme a lo establecido en el artículo 66° del Código Procesal Penal, se determina que la conducción compulsiva es una medida cautelar extrajudicial de carácter personal, consistente en la privación de libertad del investigado por un tiempo breve y con un propósito específico, aplicable por el fiscal o funcionarios policiales. Se desprende del principio acusatorio, por el cual, la dirección de la investigación recae en el fiscal, por lo tanto, a efectos de dotar de eficacia, este mecanismo de conducción compulsiva se hace indispensable para la labor de investigación.

### **II.3. La conducción compulsiva en el Decreto Legislativo 957**

El Código Procesal Penal vigente regula lo referente a la conducción compulsiva y se determina que ésta puede ser ordenada tanto por el representante del Ministerio Público como por el juez penal.

El artículo 66° señala textualmente: “En caso de incomparecencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional. 2. Realizada la diligencia cuya frustración motivó la medida, o en todo caso, antes de que transcurran veinticuatro horas de ejecutada la orden de fuerza, el Fiscal dispondrá su levantamiento, bajo responsabilidad.” Esta regulación con rango de norma legal, posibilita la restricción del derecho a la libertad por un tiempo breve y con fines estrictos de dotar de eficacia a la investigación del delito.

Como podemos apreciar, la conducción compulsiva tiene sus propias características que lo diferencian de la detención ordenada por el juez a petición del representante del Ministerio Público. La conducción compulsiva es por un mandato directo del fiscal a cargo de una investigación, debidamente motivada mediante la respectiva disposición fiscal, conforme reza el artículo 122°, numeral 2: “Las Disposiciones se dictan para decidir: ... b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación”.

Pensemos por un momento que no se hubiese otorgado este poder coercitivo al fiscal, consideramos que las personas válidamente notificadas y citadas al proceso omitirían colaborar con la investigación. La

inassistencia de los órganos de prueba provoca deficiencias en el esclarecimiento de la verdad. Es por ello que sostenemos que la conducción compulsiva dispuesta por el fiscal constituye una medida restrictiva de la libertad, permisible por el ordenamiento jurídico, es decir cuenta con una validez constitucional.

La conducción compulsiva no es una facultad exclusiva del fiscal, es una facultad que la norma procesal penal, incorpora en el Decreto Legislativo 957. Sin embargo, en lo concerniente a los poderes del juez, constituye una facultad intrínseca para el desarrollo óptimo de sus funciones, debido a que necesita poderes coercitivos, es el caso del artículo 79º, numeral 3, que textualmente señala: “El auto que declara la contumacia o ausencia ordenará la conducción compulsiva del imputado y dispondrá se le nombre Defensor de oficio o al propuesto por un familiar suyo. El abogado intervendrá en todas las diligencias y podrá hacer uso de todos los medios de defensa que la Ley reconoce”.

#### **II.4. La conducción compulsiva en el Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo 1094**

El Código Penal Militar Policial contempla la medida restrictiva de conducción compulsiva, como textualmente se expone el artículo 293º: “Comparecencia compulsiva. Si el testigo no se presenta a la primera convocatoria, se le hará comparecer compulsivamente por medio de la fuerza pública”. Sin embargo, podemos advertir que se ha regulado esta medida restrictiva exclusivamente para los testigos. Pero no para los imputados, entendemos que esto se debe a que el órgano de prueba está en la obligación de colaborar con la adecuada administración de justicia, contrario sensu,

el imputado tiene el derecho a guardar silencio como manifestación de la presunción de inocencia.

El imputado no es órgano de prueba, y su tratamiento en nuestro modelo acusatorio garantista cambia totalmente respecto al modelo inquisitivo. Recordemos que, en el modelo inquisitivo, la declaración del imputado era considerada como objeto de prueba, de tal manera que era la principal fuente de información para probar el hecho delictivo. Sin embargo, en el modelo procesal acusatorio el imputado es considerado como parte procesal (sujeto procesal); por lo que la declaración del imputado es una expresión de voluntad contraria a la pretensión penal, la resiste; en efecto, la pretensión penal y la oposición deben generar un contradictorio coherente internamente que constituye el núcleo procesal (Sentencia de Vista, 3 Sala Penal de Apelaciones Arequipa Exp.02324-2015-59-0401-JR-PE-01).

En ese orden, la declaración del imputado por regla general, no es considerada un medio probatorio dado que no es una fuente de prueba personal, asimismo, como un manto protector, encontramos el derecho a la presunción de inocencia. De este derecho se desprenden el derecho a no declarar contra sí mismo, a no auto inculparse o auto inculminarse, por lo tanto, no debe dirigirse contra el imputado la obligación de aportar pruebas y evidencias que conduzcan a desvirtuar su responsabilidad.

Colocándonos en una situación límite, podemos sostener que ante la conducción compulsiva del imputado para efectos de declarar o la práctica de determinados actos de investigación, este, puede sencillamente optar por guardar silencio, con lo que se restaría todo efecto práctico a la conducción compulsiva.

Sin embargo, la conducción compulsiva dictada por el Juez si está regulada en el Código Penal Militar Policial, específicamente en el artículo 206°, que textualmente señala que el Juez ordena a requerimiento del fiscal cuando el imputado: “(1-a) De lo actuado aparezca evidente que no obstante tener conocimiento de estar requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales; ... (3) El auto que declara la contumacia o la ausencia ordenará la conducción compulsiva del imputado y dispondrá se le nombre defensor de oficio o al propuesto por un familiar suyo...”.

Conforme podemos apreciar, la norma procesal militar policial, es mucho más rigurosa en cuanto a la garantía de derechos del imputado, respecto a la norma procesal penal. Esta afirmación es fácilmente verificable al contrastar los supuestos de la procedencia de la conducción compulsiva en ambas normas procesales.

## II.5. ¿Se podrá aplicar supletoriamente el Nuevo Código Procesal Penal?

Al respecto, el artículo 168° de nuestra Constitución Política establece que: “Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”. Partiendo de este precepto constitucional, y tomando como referencia la especialidad de la norma, no cabe incorporar mandatos normativos señalados en otras normas ajenas al ordenamiento penal militar policial.

Sin embargo, cuando es la propia norma especial la que posibilita la aplicación complementaria por otra norma, es jurídicamente posible converger ambos cuerpos normativos, siempre que no sean

contradictorios. Esto mismo, es lo que regula el Código Penal Militar Policial en su artículo XV, relacionado a la aplicación supletoria, que expresamente señala: “En caso de vacío o defecto del presente Código, serán de aplicación supletoria las normas previstas en los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos y fines de este Código”. Sin embargo, resulta imprescindible conceptualizar claramente los casos de vacío o defecto de la Ley. Puesto que es la habilitante para poder aplicar el Código Procesal Penal de forma supletoria.

Entendemos por defecto al error contenido en la norma aplicable al caso concreto, vale decir, la norma es imperfecta para su aplicación al conflicto de intereses. Por su parte vacío o deficiencia se refiere al supuesto en el que no existe norma que contemple el caso concreto a ser resuelto (Espinoza, 2015, p.563). Los defectos de la legislación vigente, se presentan en diferentes supuestos: obsolescencia, imprecisión, conflicto temporal de normas, conflicto de jerarquías normativas (Rubio Correa, 2008, p. 160).

Tanto el defecto como el vacío tienen diferentes mecanismos de solución. Narváez sostiene que cuando existen vacíos en la norma estas se superan mediante la actividad jurisdiccional integradora del magistrado. Por su parte, el defecto es superado empleando la actividad interpretativa (2020, p.160).

Está claro que el Código Penal Militar Policial no presenta un defecto normativo en lo concerniente a la conducción compulsiva del imputado. Puesto que expresamente señala que es por orden judicial que procede esta medida restrictiva. Sin embargo,

podríamos estar frente a un vacío normativo al constatar la no regulación de la conducción compulsiva del imputado dispuesta por el fiscal, no obstante, esta conclusión exige un análisis de la exposición de motivos de la norma. Puesto que la no regulación puede ser por omisión involuntaria o de forma intencional.

La exposición de motivos del Código Penal Militar Policial en el análisis de la parte procesal señala que esta norma ha evolucionado hacia un proceso penal de modelo acusatorio–adversarial. En esa línea de ideas, las funciones del fiscal se han acrecentado en correspondencia a su labor persecutora del delito de función. Sin embargo, no implica que la etapa de investigación se realice sin el apoyo del órgano jurisdiccional, pues no se excluye la intervención del juez en la investigación preparatoria.

Del mismo modo se establece en el literal (i) de la exposición de motivos que los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales, y en el literal (m) que todas las normas que coacten la libertad personal, limiten el ejercicio de los derechos de las partes se interpretarán restrictivamente. Con lo que queda claro, que el legislador delegado, fue plenamente consciente de que la conducción compulsiva del imputado debía practicarse previa orden

judicial, conforme lo señala el artículo 293° del Código Penal Militar Policial.

En esa misma línea, la parte procesal del Código Penal Militar Policial ha regulado como una garantía procesal el artículo 161° que reza de la siguiente manera: “Todas las normas que coacten la libertad personal, limiten el ejercicio de los derechos de las partes o establezcan sanciones procesales, se interpretarán restrictivamente”. Por su parte, el artículo 162° relacionado con las medidas de coerción procesal señala en su numeral (2) que “La limitación de un derecho fundamental requiere de expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesarias, existan suficientes elementos de convicción”.

En ese sentido, no podemos aplicar supletoriamente el Código Procesal Penal sobre la regulación de la conducción compulsiva del imputado dispuesta por el fiscal, al Código Penal Militar Policial, puesto que la no regulación no constituye un defecto de la norma, ni mucho menos un vacío normativo, ya que, de la exposición de motivos se desprende que el legislador delegado es plenamente consciente de las facultades que le otorga al juez y al fiscal. En el presente caso, tal facultad se la otorgó al juez.<sup>2</sup>

2 El editor se siente aludido por haber sido quién presentó y sustentó, junto con el abogado César Aliaga Castillo, el proyecto de Código Penal Militar Policial en el Consejo de Ministros, en 2010. El proyecto sufrió recortes y agregados innecesarios por la coyuntura política en la que se tramitó, que no es del caso aclarar aquí, salvo referir, en apoyo de la posición del autor, hechos fácticos relacionados con las notificaciones. La mayoría de los imputados en un proceso penal militar son miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en situación de actividad; luego, conforme al artículo 389 del Código de Justicia Militar de 1980, las citaciones o notificaciones a éstos y a los testigos que se hallaban en actividad se hacían a través de sus comandos, por los jueces instructores. Tras cumplirse las diligencias se les otorgaba la constancia de comparecencia para ser entregado a su comando. En el Código Penal Militar Policial de 2010, el artículo 255 establece: “Cuando sea necesario, los jueces y fiscales militares policiales **podrán requerir cooperación de manera directa a otra autoridad judicial o administrativa militar o policial**, para la

## II.6. Validez Constitucional de norma administrativa

Peter Häberle refiere que la característica esencial de la Constitución es la supremacía, según la cual la Constitución es suprema en lo jurídico, puesto que toda norma contraria a la constitución carece de efectos. Es decir, una norma que contradiga a la Constitución no tiene validez en el ordenamiento jurídico (2006, p. 173).

La supremacía constitucional supone la configuración de niveles normativos con diferente jerarquía, que se escalonan en planos descendentes. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la Constitución, esto tiene efectos prácticos para cautelar la primacía de la Constitución (Bidart Campos, 2016, p. 265).

Nuestro sistema jurídico es graficado en forma de pirámide, el cual es usado para representar la jerarquía de las leyes, unas sobre otras y está dividida en tres niveles. En un primer nivel se encuentra la constitución, como la norma suprema de un Estado y de la cual se deriva el fundamento de validez de todas las demás normas que se ubican por debajo de la misma.

El siguiente nivel es el legal, donde se encuentran las Leyes Orgánicas, Leyes, Decretos Legislativos, Decretos Leyes, Ordenanzas Municipales, Normas Regionales de carácter Regional, Reglamento del Congreso, entre otros.

Finalmente encontramos al nivel sub legal, o infra legal, en donde encontramos los Reglamentos, Resoluciones Administrativas, Directivas, Protocolos, entre otros.

Hans Kelsen, creador de la pirámide jurídica, definió este sistema como la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas de diferente nivel o rango. Esta relación dentro del sistema se da sobre la base del principio de jerarquía. Esto quiere decir que las normas o leyes que componen nuestro sistema jurídico se relacionan unas con otras. Por lo que una Ley que se encuentra por debajo de la Constitución no se puede contraponer a la Constitución. Del mismo modo, una norma de rango administrativo no se puede contraponer a la norma de rango legal, ni mucho menos a la norma Constitucional.

En la práctica fiscal del Fuero Militar Policial, se viene disponiendo la conducción compulsiva del imputado, medida restrictiva del derecho a la libertad que no encuentra sustento normativo, sino en una norma de rango administrativo como es la Directiva Única de Funcionamiento Operativo del Fuero Militar Policial N°016-2021-FMP/SR-FS. Norma que expresamente señala que el fiscal militar policial, dentro de su labor de investigación, dicta disposiciones para la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito.

Sin embargo, conforme hemos podido advertir en el presente acápite, para que

---

ejecución de un acto o diligencia, fijando el plazo de su cumplimiento...” (resaltado agregado); en consecuencia, mientras un imputado o un testigo se hallen en situación de actividad, tras su citación a través de su comando, su concurrencia está asegurada. Si el imputado está en situación de retiro y no concurre a las citaciones se le declarará ausente o contumaz, según sea el caso, y se dictarán las órdenes para su aprehensión. El traslado compulsivo de un testigo, militar o policía en situación de retiro o ciudadano, se entiende que ocurra por que no tiene un comando que le ordene concurrir al ser citado.

una norma posea validez constitucional, debe respetar la jerarquía normativa; es decir, una norma administrativa no puede ir contra la Ley ni contra la Constitución. No obstante, la acotada norma administrativa establece preceptos restrictivos del derecho a la libertad, preceptos que no tienen habilitación legal ni mucho menos constitucional. Por lo que podemos sostener que la acotada Directiva carece de validez constitucional, en el extremo que faculta al fiscal a “Disponer la Conducción Compulsiva del Imputado.”

### III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### III.1. Conclusiones

El Código Penal Militar Policial representa un cambio de paradigma legal al pasar de un modelo inquisitivo a un modelo acusatorio adversarial, como lo indica la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1094. Además, este Código se ajusta a los principios de respeto a los derechos fundamentales y a los lineamientos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

La conducción compulsiva del imputado ordenado por el fiscal durante la investigación en el Código Penal Militar Policial, según el Decreto Legislativo N° 1094, no es constitucionalmente válida debido a la falta de una expresa autorización legal y por entrar en conflicto con los principios de proporcionalidad y jerarquía normativa.

Es relevante destacar que el Código Penal Militar Policial, en contraposición con el nuevo Código Procesal Penal aprobado mediante el Decreto Legislativo 957, incluye disposiciones más garantistas, como la conducción compulsiva del imputado.

Mientras que en el Código Procesal Penal esta medida coercitiva está habilitada tanto para el fiscal como para el juez, en el Código Penal Militar Policial solo está permitida para el juez.

A primera vista, esta diferencia puede interpretarse como una limitación a la capacidad investigativa del fiscal. Sin embargo, no justifica la aplicación supletoria del Código Procesal Penal, ya que esta supletoriedad solo se aplica cuando existe un vacío o defecto en la normativa actual. En este caso, no hay una omisión involuntaria, ya que el legislador delegado conscientemente restringió la facultad coercitiva de la conducción compulsiva al Juez Penal Militar Policial.

La Directiva Única de Funcionamiento Operativo del Fuero Militar Policial N°016-2021-FMP/SR-FS, una norma de carácter administrativo, permite que el fiscal militar dicte disposiciones para la conducción compulsiva de un imputado. Sin embargo, esta disposición carece de validez constitucional, ya que va en contra de lo establecido en la norma legal, específicamente en el artículo 161° del Código Penal Militar Policial, que establece la interpretación restrictiva de todas las normas que limiten la libertad personal.

En la misma línea, es jurídicamente insostenible aplicar la conducción compulsiva del imputado basándose en esta norma administrativa, ya que la Constitución misma señala que la limitación de la libertad puede realizarse únicamente mediante ley, como se establece en el numeral (24) del artículo 2°. Asimismo, el Código Penal Militar Policial en su artículo 162° exige una expresa autorización legal para limitar un derecho fundamental, requisito que no se cumple en este caso, dado que se trata de una norma de rango administrativo.

### III.2. Recomendaciones

Dada la inconstitucionalidad de la conducción compulsiva del imputado ordenado por el fiscal durante la investigación según el Decreto Legislativo N° 1094, se sugiere considerar las siguientes recomendaciones:

Reformar el Código Penal Militar Policial para establecer de manera clara y precisa las condiciones en las que se puede ordenar la conducción compulsiva del imputado, garantizando así el respeto de los derechos fundamentales de todas las personas involucradas en un proceso penal militar policial.

Modificar la norma de rango administrativo, Directiva Única de Funcionamiento Operativo del Fuero Militar Policial N°016-2021-FMP/SR-FS, en el extremo que

habilita la conducción compulsiva del imputado ordenado por el fiscal militar policial, por carecer de validez constitucional y no tener habilitación legal.

Establecer como precedente vinculante, mediante un Acuerdo Plenario Jurisdiccional Militar Policial, que ante la inconcurrencia del imputado válidamente notificado, el Código Penal Militar Policial posibilita la orden de conducción compulsiva dictada por el juez previo requerimiento del fiscal.

Evaluar la posibilidad de equiparar las disposiciones sobre conducción compulsiva entre el Código Penal Militar Policial y el Código Procesal Penal, de manera que se permita al fiscal militar policial también ordenar esta medida cuando sea necesario y proporcional.

### IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIDART CAMPOS, G. (2016). Lecciones elementales de Política. Buenos Aires. Ediar. Burgoa I. (1985). Las garantías individuales. México. Porrúa.
- CÁCERES, R. e IPARRAGUIRRE, E. (1999). El Código Procesal Penal Comentado. Lima. Jurista Editores.
- DE LA CRUZ, E. (2022). El mantenimiento de criterios inquisitivos para hacer frente al crimen organizado. *Revista Gaceta Penal*. 152(2022), 181-191
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2015). Introducción al Derecho Privado. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Lima. Pacífico Editores.
- HÄBERLE, P. (2006). Verdad y Estado Constitucional. (2ªed.). México. Universidad Autónoma de México.
- LEDESMA NARVÁEZ, M. (2020). Comentario al artículo X del Título Preliminar del Código Civil peruano. Código Civil Comentado. Comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Lima. Gaceta Jurídica.
- NEYRA FLORES, J. (2010). Manual del nuevo proceso penal & de litigación Oral. Lima. Idemsa.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (1999). El derecho a la libertad personal individual en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Ius Et Praxis*. Universidad de Talca. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19750112>.

- ORTELLS, M. (2011). Introducción al derecho procesal. Los principios del proceso. Navarra. Thomson Reuters.
- PARENT JACQUEMIN, J. (2000). La libertad: condición de los derechos humanos. Revista de Ciencias Sociales. UNAM. <https://www.redalyc.org/pdf/105/10502207.pdf>
- PICO I, J. (2012). El derecho procesal, entre el garantismo y la eficacia, un debate mal planteado. Asociación Civil Derecho y Sociedad. (38), 274-280
- RIOS PATIO, G. (2006). La libertad personal en riesgo. U MP. <[https://nanopdf.com/download/la-libertad-corporal-en-riesgo\\_pdf](https://nanopdf.com/download/la-libertad-corporal-en-riesgo_pdf)>
- RUBIO CORREA, M. (2008). El título preliminar del Código Civil. Lima. PUCP.
- SAN MARTÍN, C. (2020). Derecho Procesal Penal Lecciones. (2º Ed.). Lima. Fondo Editorial INPECCP

Marilú Casilda Palomino Huamani<sup>1</sup>

## INTERVENCIÓN DE LAS FFAA EN EL CONTROL DEL ORDEN INTERNO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. LA CUESTIÓN PROBLEMÁTICA SOBRE EL TEMA; III. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LA FUERZAS ARMADAS EN TAREAS DE APOYO A LA POLICÍA NACIONAL; IV. MARCO NORMATIVO Y CONCEPTUAL SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL CONTROL DEL ORDEN INTERNO; V. NORMATIVIDAD PARA LA INTERVENCIÓN DE LAS FFAA EN EL ORDEN INTERNO; VI. CONCLUSIONES; VII. RECOMENDACIONES; Y VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### RESUMEN

La autora hace una revisión de las funciones de las Fuerzas Armadas (FFAA) y de la Policía Nacional del Perú (PNP) establecidas en la Constitución Política del Estado, las normas existentes sobre la participación de las FFAA en el control del orden interno, que está permitido constitucionalmente, pero que actualmente se pretende involucrar a las FFAA en problemas de inseguridad ciudadana, sin el sustento legal necesario; en ese sentido, hace referencia al Decreto Legislativo N° 1095, de 2010, (Reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas) y a la Ley 28222, de 2004, (Intervención de las Fuerzas Armadas en zonas no declaradas en estado de emergencia), proponiendo hacer adiciones legislativas a estas normas o elaborar otra, que permita la participación de las FFAA en asuntos de inseguridad ciudadana, previo entrenamiento y equipamiento necesario; por ejemplo, con armamento no letal.

---

1 Oficial del Ejército Peruano, abogada.

**PALABRAS CLAVE:** Estado de emergencia, orden interno, orden público, seguridad ciudadana.

**ABSTRACT:**

*The author reviews the functions of the Armed Forces (FFAA) and the National Police of Peru (PNP) established in the Political Constitution of the State, the existing regulations on the participation of the Armed Forces in the control of internal order, which it is constitutionally permitted, but currently it is intended to involve the Armed Forces in problems of citizen insecurity, without the necessary legal support; In this sense, it refers to Legislative Decree No. 1095, of 2010, (Rules of employment and use of force by the Armed Forces) and Law 28222, of 2004, (Intervention of the Armed Forces in undeclared areas. in a state of emergency), proposing to make legislative additions to these regulations or to develop another, which allows the participation of the Armed Forces in matters of citizen insecurity, prior training and necessary equipment; for example, with non-lethal weapons.*

**KEYWORDS:** *State of emergency, internal order, public order, citizen security.*

## I. INTRODUCCIÓN

La función de garantizar, mantener y restablecer el orden interno le compete a la Policía Nacional, de acuerdo con el artículo 166 de la Constitución Política del Perú. Por su parte, corresponde a las Fuerzas Armadas garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República, tal como indica el artículo 165 de la propia Constitución.

Pese a que dichas funciones se encuentran claramente separadas, la propia

Constitución establece, en su artículo 137, que durante un estado de emergencia el presidente la República podrá otorgar el control del orden interno a las Fuerzas Armadas (FFAA).

Se ha desarrollado una normativa para que las Fuerzas Armadas actúen en el control del orden interno, en tres situaciones puntuales; no obstante, la inseguridad ciudadana, el nuevo problema social que se ha convertido en una nueva amenaza para el control del orden público, ha hecho que la ciudadanía, ante la falta de efectividad de la labor de la Policía Nacional (PNP) en este campo, reclame que las Fuerzas Armadas salgan a las calles en apoyo de la Policía Nacional, con la finalidad de restablecer el orden público.

En este sentido, este trabajo trata de averiguar si la intervención de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad ciudadana, cumple con las expectativas de los peruanos, para atender esta demanda. Para dar luces al respecto, se revisan las obligaciones constitucionales de las FFAA y de la PNP, las leyes existentes, los conceptos de orden interno, orden público y seguridad ciudadana, para finalmente arribar a unas conclusiones y recomendaciones.

## II. LA CUESTIÓN PROBLEMÁTICA SOBRE EL TEMA

Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República. Asumen el control de orden interno en situaciones de emergencia, de conformidad con el artículo 231 de la Carta Magna.

La propia Constitución Política, en su artículo 167, precisa que el Presidente de la

República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y, en el artículo 168, se establece que “Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional...”; en ese contexto, el año 2007 se promulgó la Ley N° 29131 que regula el régimen disciplinario de los miembros de las Fuerzas Armadas, cuyo artículo 1 establece: *“La condición de militar se opta por voluntad propia. Dicha condición se adquiere a través de los centros de formación, procesos de asimilación y servicio militar. Una vez adquirida, se sujeta a las condiciones de vida y restricciones propias de la carrera militar. El personal militar está sujeto a un régimen especial de servicio a la patria, de acuerdo a las leyes de la República y los reglamentos militares que regulan su organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina”*.

Para cumplir con su finalidad primordial, que no es otra que garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la Nación, la Fuerzas Armadas, a través de sus comandos, deben planear, preparar, coordinar y conducir operaciones y acciones militares. En décadas recientes, las Fuerzas Armadas han sido utilizadas también en funciones de apoyo en emergencias a raíz de desastres naturales, pero también en estados de emergencia decretados por el Gobierno a raíz de la creciente inseguridad ciudadana.

Resulta evidente, que el incremento del crimen y la delincuencia generan una alta sensación de inseguridad en los ciudadanos, que ven amenazadas su calidad de vida, tanto en lo personal como en el familiar. Sumado a todo ello, los conflictos sociales de diferente naturaleza han originado

un gradual debilitamiento del poder del Estado y la fractura de los sistemas de control social, lo que ha traído como consecuencia que la capacidad de control de la Policía Nacional se vea desbordada, contexto en el cual la solicitud para que las Fuerzas Armadas intervengan en tareas de apoyo a la policía sean más frecuentes.

La presencia de militares en las calles, para la gran mayoría de personas, trajo consigo una sensación de seguridad ante la creciente ola delincencial; no obstante, esta participación de las Fuerzas Armadas en apoyo a la policía se viene desarrollando por personal militar que generalmente desconoce los procedimientos para realizar dichas intervenciones, al no haber recibido la capacitación adecuada para realizarla. Otra situación que se viene dando en dicho contexto, es que el personal de las Fuerzas Armadas, además de desconocer los procedimientos de intervención, no cuenta con el equipamiento necesario para salvaguardar su integridad física y, mucho menos, con el armamento no letal necesario para enfrentar situaciones en las que su integridad se vea comprometida.

### III. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LA FUERZAS ARMADAS EN TAREAS DE APOYO A LA POLICÍA NACIONAL

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, hacen frente a una gran variedad de situaciones en su trabajo diario, cada una de las cuales requiere una respuesta distinta, en función de la situación, las circunstancias generales, la valoración de la amenaza, las aptitudes, el equipo, etc. Así pues, en la aplicación de la ley queda poco margen para respuestas preparadas de

antemano, y hay una necesidad intrínseca de discrecionalidad personal por parte del funcionario encargado de hacer cumplir la ley, a la hora de decidir la respuesta adecuada en una situación dada. Sin embargo, vale decir que tiene que haber un marco jurídico claro que regule el trabajo de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, dentro del cual pueda ejercerse esa discrecionalidad, en particular, en lo relativo al uso de la fuerza.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden recurrir a la fuerza únicamente, cuando todos los demás medios para lograr los objetivos legítimos resulten ineficaces (necesidad) y el uso de la fuerza pueda justificarse (proporcionalidad), en relación con la importancia del objetivo legítimo (legalidad), que se desea alcanzar. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben tener moderación al emplear las armas de fuego y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga (PB, principios 4 y 5). Sólo podrán utilizar la fuerza necesaria para lograr un objetivo legítimo.

El uso de armas de fuego para lograr objetivos legítimos de cumplimiento de la ley se considera una medida extrema. Por ello, los principios de necesidad y proporcionalidad se definen con mayor precisión en los principios 9, 10 y 11 de los PB. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas, salvo:

- en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves;
- con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida; o

- con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. Sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida (Principio 9 de los PB).

De otro lado, las funciones que debe desarrollar la Policía Nacional del Perú (PNP), como institución del Estado, son, entre otras, garantizar, mantener y restablecer el orden interno y el orden público, incluso apelando al uso de la fuerza coercitiva, cuando sea necesario; sin embargo, esta función se muestra como un fracaso cuando se evidencian daños a la propiedad pública y privada, la pérdida del principio de autoridad del Estado, y un clima de inseguridad en la ciudadanía. Asimismo, este fracaso se puede relacionar con la falta de capacidad preventivo-operativo de las Unidades de Control de Multitudes de la PNP, hechos que permiten que en la ciudadanía se tenga una imagen negativa del Estado y de la PNP. Ante este escenario, la población clama desesperadamente por la salida de las Fuerzas Armadas a las calles, para que tome el control y garantice el orden público.

El empleo de la fuerza pública contra las personas no debe considerarse, per se, una violación de los derechos humanos. La fuerza estatal es una medida excepcional pero válida para el restablecimiento del orden y, éste, a su vez, es requisito indispensable para el pleno ejercicio de cualquier derecho fundamental.

Según los estándares internacionales, solo cuando existe arbitrariedad en el empleo de la fuerza estatal se configura una

violación de los derechos humanos. En el caso del empleo del arma de fuego, la regla no es diferente; sin embargo, por tratarse de una medida potencialmente letal, la jurisprudencia y doctrina internacionales le han puesto mayor atención, generando interesantes reflexiones en torno a tal empleo, enriqueciendo los contenidos de los instrumentos internacionales, y delineando de un modo más fino el concepto de arbitrariedad. Factores objetivos y subjetivos de razonabilidad y aspectos aún más técnicos vinculados con la balística, complementan los ya conocidos principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en el empleo del arma de fuego, aportando una interpretación más equilibrada del nexo existente entre este recurso de fuerza y los derechos humanos: “vida” e “integridad física”.

#### IV. MARCO NORMATIVO Y CONCEPTUAL SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL CONTROL DEL ORDEN INTERNO

Las FFAA, de acuerdo a la Constitución Política, tienen como finalidad primordial “Garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial” del Perú, pudiendo participar en la seguridad interna, durante los regímenes de excepción, de conformidad con los artículos 137 y 165 de la Constitución Política, apoyando a la Policía Nacional, realizando acciones militares para lo cual se le otorga el control interno en los casos de tráfico ilícito de drogas; terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el normal funcionamiento del país; servicios públicos esenciales; y en otros casos justificados por la Constitución, cuando la capacidad de la Policía es sobrepasada.

El presidente también podrá autorizar la intervención de las FFAA para realizar acciones militares en apoyo a la Policía Nacional, encomendándoles el control del orden interno por resolución suprema o decreto, en las áreas declaradas en estado de emergencia. El empleo operativo de las FFAA en seguridad pública se encuentra respaldado en el Decreto Legislativo N° 1095, de 2010, (Reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas) y la Ley 28222, de 2004, (Intervención de las Fuerzas Armadas en zonas no declaradas en estado de emergencia). Para el caso del Decreto Legislativo 1095 que faculta a las FFAA el empleo y uso de la fuerza se presentan **tres escenarios**:

- a) **Primer escenario.** Cuando sea declarado el estado de emergencia, el control del orden interno lo asumen las FFAA y se les autoriza realizar operaciones militares (actividades que las FFAA realizan con la finalidad de confrontar grupos hostiles con capacidad armada y se desarrollan en el marco del DIH) contra grupos hostiles;
- b) **Segundo escenario.** Declarado el estado de emergencia las FFAA no asumen el control del orden interno, actúan solo en apoyo a la Policía Nacional, para lo cual desarrollaran acciones militares (actividades o acciones que realizan las FFAA con la finalidad de restablecer o mantener el orden interno, a diferencia de las operaciones militares, no se enfrenta a un grupo hostil), en contra de otras situaciones de violencia, dando cumplimiento estricto al derecho internacional de los Derechos Humanos.
- c) **Tercer escenario.** Cuando la FFAA no asumen el control del orden interno,

pero apoyan a la Policía Nacional realizando acciones militares en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, o protección de instalaciones estratégicas, al ser sobrepasada la capacidad de la policía, con sujeción a los Derechos Humanos.

Como se puede apreciar, no se menciona la intervención de las FFAA en tareas de seguridad ciudadana, que está enmarcado en el orden público. Ambas leyes citadas son para casos de alteración del orden interno con declaratoria de estados excepcionales y por tiempos determinados, cuando se afecte la existencia o estabilidad del Estado.

## V. NORMATIVIDAD PARA LA INTERVENCIÓN DE LAS FFAA EN EL ORDEN INTERNO

La participación de las Fuerzas Armadas del Perú en el control interno se encuentra facultado por la Constitución Política del Perú. La Constitución de 1979, en su artículo 231, y la vigente Constitución de 1993, en el artículo 137, en idéntico sentido, facultaba y faculta, respectivamente, la intervención de las FFAA en el control interno, en situaciones de emergencia: “(...) en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.”

En un régimen de excepción, decretado por el gobierno ante situaciones excepcionales, se restringen o suspenden algunos derechos ciudadanos, como los que conciernen a la libertad y seguridad personal, a la libertad de reunirse, de inviolabilidad del domicilio y de tránsito, entre otros, pudiendo las FFAA asumir el control interno.

Si bien el mantenimiento del orden interno es misión constitucional de la Policía Nacional del Perú, cuando su capacidad se ve rebasada por las circunstancias, el gobierno puede disponer la intervención de las FFAA, en el marco de la Constitución, para enfrentar conflictos sociales crecientes, controlar zonas amenazadas por la subversión (VRAEM) y para contrarrestar amenazas de impacto contra el referido orden interno.

Dicha atribución fue ratificada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el **EXP. N.º 0017-2003-AI/TC**, en la cual el Tribunal Constitucional determinó que bajo determinadas circunstancias era legítimo que las FFAA intervengan en apoyo de la Policía Nacional, facultándolas a intervenir en el restablecimiento del orden interno inclusive en zonas no declaradas en emergencia. Este apoyo se daría en situaciones de narcotráfico, terrorismo, protección de instalaciones estratégicas (todas las instalaciones del sector público o privado que se requieren para el funcionamiento normal del país y poder brindar los servicios públicos) y cuando la amenaza haya rebasado la capacidad operativa de la PNP.

### V.1. Orden interno

Un concepto desarrollado por el Instituto de Altos Estudios Policiales (INAEP), señala que: Es una situación de paz en el territorio nacional y de equilibrio en las estructuras socio- jurídico y políticas del Estado, regulado por el Derecho Público y el poder político, orientado a mantener el Estado de Derecho a fin de lograr el desarrollo nacional. (Rubio, 1994-1995).

Según Malpartida (2011), (...) “el orden interno es una institución jurídico

política de nivel constitucional. Situación de equilibrio y de orden establecido por el Estado para regular sus interacciones con las instituciones nacionales, asegurando la estabilidad, funcionabilidad y permanencia de las estructuras del Estado y sus poderes, así como del sistema de gobierno legalmente constituido”. (Malpartida Mansilla, 1999).

El orden interno como condición necesaria para el buen funcionamiento del Estado es responsabilidad del presidente de la República y de la Policía Nacional. Entre las amenazas que afectan el orden interno están el terrorismo, el TID, la corrupción, tráfico de armas, violación de fronteras, atentado contra el medio ambiente, entre otros.

## V.2. Orden Público

“El orden público se establece como garantía y límite de la libertad y, como esta, consiste en que nadie puede hacer nada que sea perjudicial a los demás.” (Broat Jubert, 2002).

El orden público se traduce en tres aspectos: seguridad, tranquilidad y salubridad pública. La seguridad como “la situación social en la que todas las personas pueden gozar libremente de sus derechos fundamentales, a la vez que las instituciones públicas tienen la suficiente capacidad, en el marco de un Estado de Derecho, para garantizar su ejercicio y para responder con eficacia cuando éstos son vulnerados (...) De este modo, es la ciudadanía el principal objeto de la protección estatal.” (Informe sobre desarrollo humano, 1994). “La tranquilidad pública equivale al sosiego en la calle y demás sitios públicos; puede ser perturbada desde los domicilios o lugares privados que

trascienda a los vecinos o a los transeúntes en general”. (Malpartida Mansilla, 1999)

Las perturbaciones al orden público son de carácter social y afectan a la población sin distinguir su condición social ni económica. Sus implicaciones alteran las buenas costumbres, el patrimonio público y privado y la tranquilidad, es decir, afectan la paz social. Entre las amenazas que afectan el orden público tenemos el contrabando, el bloqueo de carreteras, afectación de los servicios esenciales, huelgas y paros nacionales, marchas, comisión de delitos, la inseguridad vial, entre otros.

La seguridad, es un servicio que debe brindar el Estado con la finalidad de velar por la integridad de todos los ciudadanos y sus bienes, para que puedan convivir en armonía, cada uno respetando los derechos individuales del otro y propiciando el adecuado desarrollo de la persona humana, ya que es imposible alcanzar el desarrollo humano sin seguridad; existiendo esta percepción de falta de seguridad hace que las personas cambien su vida.

El Estado es el que garantiza la seguridad pública y es el encargado de evitar la perturbación del orden social. En este sentido, la seguridad pública es un SERVICIO que debe ser UNIVERSAL (debe alcanzar a todas las personas) para preservar la integridad física de los ciudadanos y sus bienes, sin embargo, la seguridad también es la suma de la participación de la sociedad organizada, si bien es cierto que el Estado debe garantizarla también la sociedad debe involucrarse y no ser indiferente a lo que ocurre a su alrededor, para que de esta manera se puedan sumar los esfuerzos por alcanzar una sociedad segura.

### V.3. Seguridad ciudadana

“La seguridad ciudadana es el proceso de establecer, fortalecer y proteger el orden civil democrático, eliminando las amenazas de violencia en la población y permitiendo una coexistencia segura y pacífica.” (PNUD, 2014).

Es la acción integrada y articulada que desarrolla el Estado, en sus tres niveles de gobierno, con la participación del sector privado, la sociedad civil organizada y la ciudadanía, destinada a asegurar la convivencia pacífica, la erradicación de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos. Del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas. (D.S N°011-2014-IN, 2019).

Busca establecer o crear las condiciones necesarias para mejorar la calidad de vida de la comunidad; sin embargo, esta búsqueda es de responsabilidad compartida, donde la ciudadanía debe involucrarse más y ser menos indiferentes. Entre las amenazas a la seguridad ciudadana se pueden mencionar el hurto, el pandillaje, la prostitución, la micro comercialización de drogas, infracciones penales, etc.

La inseguridad ciudadana “atenta contra las condiciones básicas que permiten la convivencia pacífica en la sociedad y pone en peligro o lesiona los derechos fundamentales” (Tapia, 2013). Hablar de inseguridad es hacer referencia a todos aquellos actos que afectan los estados de convivencia perturbando la paz, la tranquilidad, creando el temor y evitando que la persona pueda sentirse realizada. La inseguridad no sólo afecta a las personas sino también impacta en las economías de las sociedades.

### V.4. Diferencias y similitudes entre orden interno público y seguridad ciudadana.

La Policía Nacional tiene el propósito elemental de mantener y asegurar tanto el orden interno como el orden público, siendo un mandato constitucional señalado en el artículo 166 de la Constitución Política.

Cuando las acciones sociales van en contra el orden público, se vuelven difíciles de controlar y afectan el normal funcionamiento del Estado, entran ya en el campo de responsabilidad del orden interno.

Se debe de entender las diferencias y similitudes entre estos términos. El orden interno se debe entender como la situación general que asegura la estabilidad del Estado, regulado por el derecho público; el orden público como lo específico, que asegura el normal desarrollo de la población y garantiza su tranquilidad, regulado por el derecho público y privado; y la seguridad ciudadana como la expresión del orden público en un ambiente local. Los tres términos buscan eliminar riesgos y amenazas y mantener el equilibrio social.

## VI. CONCLUSIONES

1. Existe una gran demanda por seguridad por parte de la ciudadanía ante la creciente ola delincinencial que se está viviendo, así como la percepción de la ineficacia de las autoridades para solucionarlo.
2. Le corresponde a Policía Nacional, como finalidad fundamental, garantizar, mantener y restablecer el orden interno.
3. Las Fuerzas Armadas tienen como finalidad primordial garantizar la

independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República; no obstante, asumen también el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución, en situaciones de emergencia.

4. Existe normatividad vigente que separa las funciones, ámbitos y responsabilidades de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas. La PNP y las FFAA tienen actuaciones propias en el ordenamiento del Estado, por lo que no se debe aceptarse que los militares realicen tareas policiales, ni que los policías realicen tareas militares. En ese sentido, no se debería suplir la labor que debe cumplir la PNP en temas de seguridad ciudadana.
5. Existe una importante normatividad para la intervención de las Fuerzas Armadas en apoyo a la Policía Nacional para el control del orden interno, siempre y cuando se solicite la intervención y que la situación pueda afectar el normal funcionamiento del Estado. Las tareas de seguridad ciudadana están circunscritas en el orden público, para lo cual no existe normatividad alguna para que las FFAA intervengan en dichas tareas, siendo esta una tarea principal de la Policía Nacional.
6. Las FFAA. no están capacitadas, organizadas, entrenadas ni cuentan con el equipamiento adecuado para participar en la seguridad pública, en vista que su misión es fundamentalmente la de la defensa exterior. La responsabilidad por los resultados en eventuales enfrentamientos, con muertes subsecuentes, alcanza hasta los aparatos superiores.

## VII. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que las tareas de seguridad ciudadana que están enmarcadas en el control del orden público, sean de competencia exclusiva de la Policía Nacional, así como lo señala la normatividad vigente, por lo que la participación de las FFAA. en apoyo a la PNP sea brindando sólo en los campos de la logística y la inteligencia, en vista que una mayor participación de las FFAA causaría desmedro en el ámbito de competencia exclusiva de la PNP, lo que podría causar tensiones y malestar entre las instituciones.
2. Las FFAA deberán participar en apoyo a la Policía Nacional en el control del orden interno, solo de acuerdo a lo dispuesto en la normatividad vigente, ante el desborde de la capacidad policial y afectación inminente al normal funcionamiento del Estado, para lo cual el Decreto Legislativo N° 1095 debiera modificarse y/o complementarse, para precisar la intervención de las FFAA, en caso no se declarase un estado de excepción, con la finalidad de que no existan posibles ilegalidades.
3. De mejorarse la norma como se propone, se recomienda la capacitación del personal militar y la implementación logística con los medios necesarios, para que el desempeño del personal militar sea eficiente; así mismo, su empleo sea la última respuesta ante situaciones en las cuales la PNP sea sobrepasada, debiendo aclararse también cuando ocurre ello.
4. La responsabilidad por las consecuencias que surjan en eventuales

enfrentamientos, como la muerte de ciudadanos, es otro asunto que debe ser estimado en la norma futura, pues

evidente que hoy mismo existen procesos judiciales por casos ocurridos.

### VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BROAT JUBERT, R. (2002). Un concepto de seguridad ciudadana.
- CONGRESO CONSTITUYENTE. (2017). Constitución Política del Perú 1993. Obtenido de Recuperado de: <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADticadel-Peru-1993.pdf>
- DECRETO LEGISLATIVO N° 1134. (2012). Lima, Perú.
- DESARROLLO, P. d. (1994). Informe sobre desarrollo humano. Obtenido de <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh1994/>
- DESARROLLO, P. d. (abril de 2014). PNUD. Obtenidos de <https://www1.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/crisis-prevention-and-recovery/IssueBriefCitizenSecurity.html>
- DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN. (2008). Terminología del Sistema Educativo del Sector Defensa. Lima: Ministerio de Defensa -Perú.
- PERUANO.COM, B. (16 de diciembre de 2016). D. Leg. N° 1267. Obtenido de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-de-la-policia-nacional-del-perudecreto-legislativo-n-1267-1464781-2/>
- RUBIO, M. (1994-1995). Exposiciones en el Instituto de Altos Estudios Policiales (INAEP).
- TAPIA, J. (2013). La inseguridad pública: causas y consecuencias. El Cotidiano (180) 103-112. Wikipedia. (Mayo de 2021). Ejército del Perú. Obtenido de [https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Ej%C3%A9rcito\\_del\\_Per%C3%BA&oldid=135401726](https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Ej%C3%A9rcito_del_Per%C3%BA&oldid=135401726)
- WIKIPEDIA, C. (2021). Fuerza Aérea del Perú. Obtenido de [https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Fuerza\\_A%C3%A9rea\\_del\\_Per%C3%BA&oldid=135462811](https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Fuerza_A%C3%A9rea_del_Per%C3%BA&oldid=135462811)
- WIKIPEDIA, c.d. (noviembre de 2020). Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Obtenido de [https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Comando\\_Conjunto\\_de\\_las\\_Fuerzas\\_Armadas\\_del\\_Per%C3%BA&oldid=130678957](https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Comando_Conjunto_de_las_Fuerzas_Armadas_del_Per%C3%BA&oldid=130678957)

Richard David Saavedra Palomino<sup>1</sup>

## LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LAS ACCIONES MILITARES

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. DESCRIPCIÓN PUNTUAL DEL PROBLEMA; III. CONSIDERACIONES LEGALES Y DOCTRINARIAS SOBRE OBEDIENCIA DEBIDA; IV. LAS ACCIONES MILITARES Y EL USO DE MEDIOS NO LETALES EN SU APLICACIÓN; V. LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD; VI. CONCLUSIONES; VII. RECOMENDACIONES; Y VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### RESUMEN

El propósito de este trabajo es analizar la obediencia debida dentro de la causal eximente de responsabilidad penal, en acciones militares.

Tras el estudio pertinente se ha llegado a determinar que corresponde al Gobierno, antes de que disponga la participación del personal militar en “otras situaciones de violencia” (OSV), en apoyo de la Policía Nacional del Perú para el restablecimiento del orden interno, mediante acciones militares, dotar de los equipos de protección y los medios y métodos no letales a los integrantes de las Fuerzas Armadas, así como disponer la instrucción y capacitación de estos, para que su participación sea la esperada; igualmente, los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta la situación del personal militar al momento de dar cumplimiento a una orden para participar en acciones militares, en el contexto citado.

**PALABRAS CLAVE:** Obediencia debida, eximente de responsabilidad penal, acciones militares.

---

1 Oficial del Ejército Peruano, abogado.

**ABSTRACT:**

*The purpose of this work is to analyze due obedience within the cause of exemption from criminal responsibility, in military actions.*

*After the pertinent study, it has been determined that it is up to the Government, before it arranges the participation of military personnel in "other situations of violence" (OSV), in support of the National Police of Peru for the reestablishment of internal order, through military actions, provide protective equipment and non-lethal means and methods to the members of the Armed Forces, as well as provide for their instruction and training, so that their participation is as expected; Likewise, jurisdictional bodies must take into account the situation of military personnel when complying with an order to participate in military actions, in the aforementioned context.*

**KEYWORDS:** *Due obedience, exemption from criminal responsibility, military actions.*

**I. INTRODUCCIÓN**

El Gobierno, para garantizar el orden y seguridad de las personas y, en general para hacer cumplir la ley, cuenta con una atribución que le es exclusiva: "emplear la fuerza pública", pero esta, debe darse cumpliendo con las normas internas y los convenios y compromisos internacionales asumidos por el Estado.

Es así, que cuando dispone la participación de las Fuerzas Armadas para mantener y/o restablecer el orden interno en el territorio nacional, en cumplimiento de las disposiciones y compromisos internacionales debe dotar a los Institutos Armados (Ejército del Perú, Marina de Guerra

del Perú y Fuerza Aérea del Perú), con los equipos de protección necesarios, los medios y métodos no letales, y capacitarlos en el manejo y empleo de estos medios menos letales, para su adecuada participación en acciones militares, que no se ha venido cumpliendo, afectando la integridad física del personal militar y que se vean inmersos en proceso penales, tanto en el fuero militar como en el fuero común, por el presunto uso excesivo y arbitrario de la fuerza.

Esta situación conlleva a que debamos estudiar el problema haciendo un análisis y descripción de la obediencia debida, como causal eximente de responsabilidad penal del personal militar que participa en acciones militares, al dar cumplimiento a una orden lícita y legítima, sin contar con los equipos de protección, medios y métodos menos letales, y sin la debida instrucción y capacitación en el manejo de dichos medios y métodos, para hacer frente a las otras situaciones de violencia (OSV) que vienen ocurriendo en el país, que luego de una investigación, evaluación, diagnóstico y calificación, nos permita presentar algunas alternativas de solución.

Asimismo, consciente que la problemática se ocasiona por la falta de una adecuada gestión administrativa pública para dotar de equipos de protección, medios y métodos menos letales y capacitar en el empleo de dichos medios, el estudio se orienta a establecer de qué manera se describe la obediencia debida como causal eximente de responsabilidad penal del personal militar que participa en acciones militares.

**II. DESCRIPCIÓN PUNTUAL DEL PROBLEMA**

En el numeral 11 del artículo 20° del Código Penal (en adelante CP), se establece

que el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y usando sus armas u otro medio de defensa cause lesiones o muerte, está exento de responsabilidad. Los críticos a la vigencia del referido inciso consideran que la materia resulta ser fácilmente reconducible al inciso 8 del CP.. (Acuerdo Plenario N° 005- 2019/CJ/116).

Dicho Acuerdo Plenario, señala que según ZUGALDÍA ESPINAR, las causas de justificación son autorizaciones o mandatos legales para realizar conductas típicas y operan sobre la base del binomio regla-excepción; puesto que la regla general es que una conducta típica esté justificada, sea lícita y, por consiguiente, no constituye delito.

De igual modo, menciona que según el propio ZUGALDÍA ESPINAR la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, viene a expresar un principio tan evidente que parece obvio declararlo: “quien obra conforme a derecho no se comporta anti-jurídicamente”.

Por otro lado, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), establece que, para evitar la necesidad de recurrir a la fuerza letal, los Estados deben proporcionar al personal de las fuerzas del orden medios eficaces y menos letales y capacitarlos para su utilización lícita. Lamentablemente, en algunos casos dicho personal utiliza armas menos letales de manera inadecuada, lo que provoca lesiones graves o incluso la muerte. En otros, utiliza deliberadamente armas menos letales para causar el máximo daño posible a personas que no suponen una amenaza, tal como ha señalado el Comité de Derechos Humanos en su observación general sobre el derecho a la vida, que incluso las armas menos letales deben emplearse

únicamente con arreglo a estrictos criterios de necesidad y proporcionalidad y en situaciones donde otras medidas menos nocivas sean manifiestamente ineficaces, o hayan demostrado serlo, para contrarrestar la amenaza. ONU (2021), “Sobre el empleo de armas menos letales en el mantenimiento del orden”.

En ese mismo sentido, el Consejo de Derechos Humanos alentó a los Estados a que pusieran armas no letales a disposición de los agentes que desempeñaban tareas de aplicación de la ley, y a que, simultáneamente, prosiguieran las iniciativas internacionales dirigidas a regular y establecer protocolos en relación con el uso de las armas no letales y la capacitación a tal efecto. (Resolución 25/38). Y, alentó además a que se establecieran protocolos para la utilización de las armas no letales y el correspondiente adiestramiento, teniendo presente que incluso las armas menos letales podían entrañar un riesgo para la vida. (Resolución 38/11).

Por todo ello, la presente investigación busca establecer de qué manera se describe la obediencia debida como causal eximente de responsabilidad penal en las acciones militares; siendo necesario establecer la relación que presenta la obediencia debida como causal eximente de responsabilidad penal, que permitan a los órganos jurisdiccionales una decisión razonable y con arreglo a ley.

### III. CONSIDERACIONES LEGALES Y DOCTRINARIAS SOBRE OBEDIENCIA DEBIDA

Según la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de setiembre de 2005, (Expediente. N° 2446-2003-AA/TC Puno), la Constitución, y por ende el modelo de

Estado por el cual se rige nuestra sociedad, hacen que el poder del superior para emitir órdenes y el deber del subordinado de cumplirlas, se vea limitado. La obediencia de órdenes siempre tendrá que estar circunscrita al marco de la Constitución, la norma fundamental del Estado, siendo que sus alcances tendrán que estar en concordancia con los principios de supremacía constitucional y de Estado social democrático de derecho, por lo que, quienes ejercen el poder del Estado, en este caso el superior y el subordinado, lo harán siempre con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

MORILLAS, (1984), señala que, si bien las relaciones de subordinación podrán generar obediencia debida, para que esta pueda aplicarse, la relación de subordinación entre el que ordena y el que acata debe ser legal y proveniente de una relación de Derecho público o militar, lo cual impone al inferior jerárquico la obligación de obedecer los mandatos de su superior, creándose así un deber jurídico, cuya inobservancia se castiga como delito de desobediencia.

(Mac Lean M), en *Themis*, revista de Derecho N° 37, considera que esta clase de órdenes se ha trabajado en los Estados Unidos de Norte América a través de la teoría del *Respondeat Superior*, utilizada en las relaciones militares existentes en ese país. Para esta teoría, la orden de un superior, cualquiera sea su naturaleza, es de obligatorio cumplimiento, de tal forma que quien la ejecuta obra siempre de manera justificada. Asimismo, señala como fundamento lo siguiente: La piedra angular del sistema militar norteamericano consiste en que las órdenes impartidas por el superior jerárquico protegerán al subordinado que las cumple. No interesa que dichos mandatos no sean conforme a ley, teniendo los subordinados

el deber de obedecer siempre las órdenes de los superiores, al extremo de no poder discutir las o cuestionar su legalidad.

(KELMAN) en “Crimes of Obedience”, en su afán de demostrar que el superior siempre responderá ante el actuar de sus subordinados, llega a señalar que hay responsabilidad del superior incluso ante el actuar del subordinado que va más allá de las órdenes específicas dictadas por su superior, al tener éste la obligación de vigilar las acciones realizadas por sus inferiores jerárquicos.

ZAFFARONI, en su Tratado de Derecho penal, Parte general III, establece que, de aplicarse el conflicto de deberes en la obediencia debida, una vez verificado que no se puede resolver éste sin la realización del acto típico –cumplimiento de la orden antijurídica o su desobediencia–, se debería salvar el bien jurídico de mayor jerarquía. Es en este momento que se debe analizar la preponderancia del actuar de la persona que responde a la situación de peligro. Así, quien actúe justificadamente debe conjurar el peligro provocando un mal menor que el que se busca evitar. Se va a tener que realizar entonces una ponderación total de los intereses en conflicto.

Según PARRA, (2019), en su trabajo de investigación “La obediencia debida y la determinación de la responsabilidad penal del grupo colina por los delitos de lesa humanidad, durante 1991 – 1995”, considera que la obediencia debida es un principio que ha tenido diferentes formas de aplicación en el Derecho, principalmente para determinar la responsabilidad penal por delitos de función aplicado al campo militar y policial; por un lado, como eximente de responsabilidad penal y por otro, como causa de justificación, incluyendo aquellos actos

provenientes de mandatos obligatorios antijurídicos, desde Roma hasta la creación del Tribunal de Nuremberg.

Asimismo, señala que desde el predominio del Estado de Derecho la obediencia debida presenta un debate entre la aplicación del Principio de Legalidad y el Principio de Autoridad, pues, en el campo militar existe una pronunciada aplicación del principio de autoridad; sin embargo, por la alta cantidad de crímenes por función, los Estados reconocen el predominio del Principio de Legalidad. Y sobre el Principio de Apariencia, considera que bajo el cual, todo subordinado puede tomarse el momento de examinar la legitimidad de la orden; sin embargo, esto confronta con el Principio de Jerarquía, por el cual, ningún subordinado puede cuestionar las órdenes del superior.

ALFONSO, (2003), en la segunda parte de su trabajo de investigación “la obediencia debida como causal de exclusión de la responsabilidad penal”, analiza la obediencia debida en el derecho chileno, las razones de la Comisión Redactora del Código Penal para eliminar a la eximente con alcances generales; aborda el tratamiento de la obediencia debida en los diferentes ámbitos en donde se puede presentar; y analiza los delitos de desobediencia y las relaciones que presenta con la eximente.

Según DIAZ, (2011), en su trabajo de investigación “La obediencia debida como causa de inculpabilidad en el ordenamiento penal guatemalteco”, señala que la problemática relacionada a la existencia de que son mayores los riesgos que las ventajas de la obediencia debida como causa de inculpabilidad, no permite la resolución de las categorías del derecho penal, siendo la mejor alternativa la supresión de la misma

como eximente de responsabilidad penal; debido a la inaplicabilidad de la realidad judicial.

Y según el trabajo de investigación de HERNANDEZ, (2010), “La obediencia debida en la Corte Penal Internacional”, señala que, aunque en el Estado de Derecho no se concibe por más tiempo que la autoridad actúe al margen de la legalidad, ni que la obediencia perviva en el espacio de los actos contrarios a Derecho, la exención frente a órdenes ilícitas en estas disciplinas jurídicas solo puede explicarse desde el respeto al principio de culpabilidad y la razonabilidad de los límites a la exigibilidad. Asimismo, considera lo siguiente: “Por último, se ha demostrado como el esquema del Derecho penal internacional repite los modelos examinados en nuestro Derecho interno y en el Derecho comparado pues nuevamente es en el ámbito militar y en particular en el crimen de guerra donde resiste la eximente por obediencia como un tratamiento especial de error de prohibición, siempre que el subordinado no conozca el carácter delictivo de la orden y éste no resulte manifiesto” (Suárez, 2010, pág. 124).

De acuerdo a MAC LEAN, (2012), en su artículo científico “Obediencia debida como defensa para los criminales de guerra en el derecho nacional e internacional”, concluye señalando que, la piedra angular del cuerpo militar es la disciplina, esto es, la necesidad de que todos y cada uno de los subordinados obedezcan las ordenes de sus superiores y que el éxito de la estrategia, objetivo militar y la seguridad de cada nación dependen fuertemente de esta obediencia. La obediencia de órdenes no presenta problema alguno cuando dichas ordenes son legales, sin embargo, el deber de obediencia entra en conflicto con la necesidad de mantener la supremacía del Derecho cuando el

subordinado se enfrenta al dilema de cumplir con la orden, cometer un crimen y ser penado, o negarse a cumplir con la orden, cometer el crimen y ser penado por la desobediencia.

Asimismo, DU PUTI, (2007), en su artículo científico “La obediencia jerárquica en el derecho militar peruano” (2007), considera que los militares no están obligados a obedecer ciega y automáticamente los mandatos de sus superiores. En la medida en que no cuestionan la licitud de la orden recibida, asumen la responsabilidad por el acto típico que cometan en cumplimiento de dicha orden. Afirma que, es inadmisibles que el subordinado que, conociendo el carácter ilícito de un mandato no sea responsable por el simple hecho que dicho carácter ilícito no lo sea de manera notoria. En este caso, él comete, consciente y voluntariamente, el comportamiento ilícito cuya realización exige el mandato ilícito o participa a su realización. Esta responsabilidad podrá ser excluida si el subordinado ha actuado al amparo de cualquier otra eximente: coacción, estado de necesidad o error de prohibición inevitable.

#### **IV. LAS ACCIONES MILITARES Y EL USO DE MEDIOS NO LETALES EN SU APLICACIÓN**

De acuerdo al artículo 1° del Título Preliminar del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1095, que establece las reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, relacionado con los medios no letales que emplea el personal de las Fuerzas Militares en acciones militares, considera que fuerza no letal es el medio compulsivo por el cual el personal militar hace que una persona o grupo de personas cumplan la ley, aun en

contra de su voluntad. Supone el uso de los medios no letales para contrarrestar y/o superar el nivel de agresión y resistencia de dichas personas. Sobre los medios para control del orden interno, señala que son las armas, equipos, accesorios y otros elementos de apoyo autorizados o proporcionados por el Estado, que emplea el personal de las FFAA en acciones militares.

Sobre el particular, el principio básico 2 sobre el “Empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley” (1990), establece que los Estados deben dotar al personal de las fuerzas del orden de una amplia gama de armas y municiones que permitan hacer un uso diferenciado de la fuerza. Indica, además que las armas menos letales permiten al personal de las fuerzas del orden aplicar diversos grados de fuerza en situaciones en las que sería ilícito utilizar armas de fuego cargadas con municiones letales.

ONU (2021), de acuerdo a la publicación sobre orientaciones de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos “Sobre el empleo de armas menos letales en el mantenimiento del orden”, para evitar la necesidad de recurrir a la fuerza letal, los Estados deben proporcionar al personal de las fuerzas del orden medios eficaces y menos letales, y capacitarlo para su utilización lícita.

Lamentablemente, en algunos casos dicho personal utiliza armas menos letales de manera inadecuada, lo que provoca lesiones graves o incluso la muerte. En otros, utiliza deliberadamente armas menos letales para causar el máximo daño posible a personas que no suponen una amenaza lo suficientemente grave como para justificar el uso de dichas armas.

Asimismo, menciona que en su Resolución 25/38, aprobada el 28 de marzo de 2014, el Consejo alentó a los Estados a que pusieran “a disposición de los funcionarios que desempeñan tareas de aplicación de la ley equipos de protección y armas no letales”, y a que, simultáneamente, prosiguieran “las iniciativas internacionales dirigidas a regular y establecer protocolos en relación con el uso de armas no letales y el adiestramiento a tal efecto.” En su Resolución 38/11, alentó además a que se establecieran protocolos para la utilización de las armas no letales y el correspondiente adiestramiento, teniendo presente que incluso las armas menos letales podían entrañar un riesgo para la vida.

Al respecto, señala que las armas menos letales y el equipo conexo también pueden matar o infligir lesiones graves, especialmente cuando no son utilizados por personal capacitado conforme a las especificaciones de esas armas, a los principios generales sobre el uso de la fuerza o al derecho internacional de los derechos humanos.

De acuerdo a lo expuesto, el personal militar de las Fuerzas Armadas que participa en acciones militares para el restablecimiento y mantenimiento del orden interno, utilizará en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrá utilizar la fuerza solamente cuando otros medios parezcan ineficaces o no garanticen de modo alguno el logro del resultado previsto. Asimismo, el personal de las fuerzas del orden deberá estar provisto de equipos de protección personal adecuados, como cascos, escudos, guantes y chalecos, lo que disminuirá la necesidad de utilizar armas letales.

## V. LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD

Para UGAZ, (2009), en su trabajo de investigación “La eximente de “obediencia debida” en el Derecho Penal peruano”, por obediencia debida se entiende el cumplimiento del subordinado de una orden que proviene de su superior jerárquico, cuando éste ordena en el círculo de sus atribuciones y en la forma requerida por las disposiciones legales. Y que lo dicho se podría entender que el Derecho penal sólo regula los supuestos en que la orden proviene de autoridad competente, y que además no tiene contenido antijurídico. Sin embargo, la doctrina no concuerda con respecto a si la obediencia debida debe también incluir las circunstancias en las que el inferior cumple con un mandato, que, si bien proviene de autoridad competente, tiene un contenido antijurídico, y generalmente deriva en la comisión de un hecho punible.”

Asimismo, debemos tener en consideración el artículo 8° del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, que considera que la obediencia debida no podía ser considerada como eximente de responsabilidad, sino, sólo como atenuante. El Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, incluyó la posibilidad de que la obediencia debida pueda ser una eximente de responsabilidad.

En nuestros antecedentes de la legislación nacional, ya en el Código Penal de 1863, se consideró en su artículo 8°, inciso 10, que está exento de responsabilidad criminal el que obra en virtud de obediencia debida a su superior, siempre que éste proceda en uso de sus atribuciones, y concurren los requisitos exigidos por las leyes que la orden sea obedecida.

En el Código Penal de 1924 se señaló, en su artículo 85°, inciso 5, que está exento de pena el que obra por disposición de una ley o por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones

Actualmente, y de acuerdo a PARRA, (2019), el legislador peruano ha optado por considerar la obediencia debida en el art. 20°, inciso 9, del Código Penal, y en el art. 16°, inciso 5, del Código Penal Militar Policial y, en ambos casos, este es un eximente de responsabilidad penal cuando la actuación supone la ejecución de mandatos obligatorios legítimos, en cuyo caso los subordinados actúan en obediencia debida; la doctrina ha señalado que la obediencia debida aún puede ser considerado como eximente de responsabilidad penal mediante los institutos jurídico – penales del Error de Tipo y Error de Prohibición, siendo la primera la más aceptada.

Conforme a lo expuesto, el eximente de responsabilidad se manifiesta cuando una persona obra en “cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”.

## VI. CONCLUSIONES

1. Luego de la descripción y análisis de la obediencia debida como causal de eximencia de responsabilidad penal, debemos concluir que cuando una orden lícita y legítima dispone la participación del personal militar en acciones militares, sin que dicho personal cuente con los equipos de protección, medios y métodos menos letales y sin una adecuada capacitación, se debe entender que los subordinados actúan en obediencia debida y sus actos puede ser considerados como eximente de

responsabilidad penal, mediante los institutos jurídico – penales del Error de Tipo y Error de Prohibición, siendo la primera la más aceptada.

2. Actualmente, la limitación de medios y métodos menos letales y la falta de una adecuada capacitación trae como consecuencia que el personal militar de las Fuerzas Armadas no pueda cumplir adecuadamente y dentro de la legalidad con las órdenes dispuestas por la superioridad, ello debido a que el equipamiento y capacitación con las que cuentan no son las más idóneas para poder hacer frente a la población, ante otras situaciones de violencia, lo que atentaría con la obediencia debida.
3. De acuerdo a los resultados de la triangulación de datos sobre la obediencia debida y la limitación de equipos de protección y de medios no letales, se determina que deben ser considerados como causal eximente de responsabilidad penal, del personal militar que participa en acciones militares para el restablecimiento del orden interno, en razón de que genera en el subordinado una incertidumbre entre aplicar el principio de legalidad o el principio de autoridad, optando en la mayoría de situaciones por el principio de autoridad, debiendo predominar el principio de legalidad.

## VII. RECOMENDACIONES

1. Se sugiere que, la obediencia debida sea tomada en cuenta por los órganos jurisdiccionales como causal eximente de responsabilidad penal, del personal que participa en acciones militares, cuando la orden lícita y legítima dispone la participación del personal militar

en acciones militares, sin contar con los equipos de protección, medios y métodos menos letales, y sin una adecuada capacitación de dichos medios y métodos, como causa de justificación de acuerdo a en nuestra legislación penal, regulada en el art. 20°, inciso 11, del Código Penal y en el art. 16°, inciso 5, del Código Penal Militar Policial.

2. Se sugiere que, el Gobierno a través del Ministerio de Defensa y Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, realicen las gestiones correspondientes para la adquisición y dotación de equipos de protección personal, medios y métodos menos letales, así como, brinde la debida instrucción y capacitación del empleo de los medios y métodos menos letales, a fin de que el personal militar de las Fuerzas Armadas cumpla
3. Se sugiere que los órganos jurisdiccionales, en las investigaciones fiscales y procesos judiciales, tengan en cuenta la incertidumbre que genera en el personal militar el aplicar el principio de legalidad o el principio de autoridad, para el cumplimiento debido (obediencia debida) de una orden dada por la superioridad, para participar en acciones militares con la limitación de equipos de protección y medios no letales.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEITUNO (2020) “Mitos y realidades de la investigación científica” (p. 35).
- DU PUTI, (2007), “La obediencia jerárquica en el derecho militar peruano” Artículo científico.
- Acuerdo Plenario N° 005-2019/CJ 116 – IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales, Permanente, Transitoria y Especial: Actuación policial y exención de responsabilidad penal.
- DURRUTY, A. (2003). La obediencia debida como causal de exclusión de la responsabilidad penal. Santiago de Chile: Universidad de Chile
- MAC LEAN, (2012), “Obediencia debida como defensa para los criminales de guerra en el derecho nacional e internacional”, artículo científico.
- ONU (2021), orientaciones de las naciones unidas en materia de derechos humanos “Sobre el empleo de armas menos letales en el mantenimiento del orden”. Recuperado de:
- <https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2021/05/Orientaciones-de-las-Naciones-Unidas-en-materia-de-derechos-humanos-sobre-el-empleo-de-armas-menos-letales.pdf>

- PALACIOS (2020) Reglamento del DL N° 1095: Una norma moderna que regula el empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas. Recuperado de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/reglamento-del-dl-n-1095-una-norma-moderna-que-regula-el-empleo-y-uso-de-la-fuerza-por-parte-de-las-fuerzas-armadas/>
- PARRA, (2019), “La obediencia debida y la determinación de la responsabilidad penal del grupo colina por los delitos de lesa humanidad, durante 1991– 1995”.
- RUIZ, D. (2011). La obediencia debida, como causa de inculpabilidad en el ordenamiento penal guatemalteco. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
- SUÁREZ, H. (2010). La obediencia debida en la Corte Penal Internacional. Madrid:
- VARGAS, X. (2011). ¿Cómo hacer investigación cualitativa? Una guía práctica para saber qué es la investigación en general y cómo hacerla, con énfasis en las etapas de la investigación cualitativa. Recuperado de: [http://www.paginaspersonales.unam.mx/app/webroot/files/981/9480561\\_7-Xavier-Vargas-B-COMO-HACER-INVESTIGA.pdf](http://www.paginaspersonales.unam.mx/app/webroot/files/981/9480561_7-Xavier-Vargas-B-COMO-HACER-INVESTIGA.pdf)
- VILLAFUERTE (2015) “La investigación cualitativa, rutas para la puesta en práctica” (p.31).
- WITKER (1991) “Como elaborar una tesis en derecho, pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho” (p.114).

## LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL DELITO DE DESOBEDIENCIA

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. CUESTIONAMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN ACCIONES MILITARES EN APOYO DE LA POLICÍA NACIONAL; III. ALCANCES DE LA OBEDIENCIA DEBIDA Y LA POSICIÓN DE GARANTE SEGÚN LOS ENTENDIDOS Y LA DOCTRINA; IV. CONCLUSIONES; V. RECOMENDACIONES; Y VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### RESUMEN

En este artículo se analiza el actual marco legal nacional e internacional sobre el delito de desobediencia y la posición de garante en relación a dicho delito, obteniéndose para ello las definiciones, los conceptos teóricos pertinentes y analizándose las teorías acerca de la posición de garante.

El autor hace a la participación de la Fuerzas Armadas (FFAA) en acciones militares, en apoyo de la Policía Nacional del Perú (PNP), en una coyuntura de manifestaciones sociales, que han dado lugar al procesamiento de integrantes de las FFAA, por empleo indebido de sus armas u otros hechos conexos.

En las conclusiones y recomendaciones expresa que las operaciones militares en apoyo a la PNP, deben llevarse a cabo cumpliendo la frondosa legislación nacional e internacional existente a fin de evitar el procesamiento de militares en la jurisdicción común.

---

1 Oficial del Ejército Peruano, abogado.

**PALABRAS CLAVE:** Posición de garante, desobediencia, acciones militares y operaciones militares.

## ABSTRACT

*This article analyzes the current national and international legal framework on the crime of disobedience and the position of guarantor in relation to said crime, obtaining the definitions, the relevant theoretical concepts and analyzing the theories about the position of guarantor.*

*The author refers to the participation of the Armed Forces (FFAA) in military actions, in support of the National Police of Peru (PNP), in a situation of social demonstrations, which have led to the prosecution of members of the Armed Forces, for employment misappropriation of their weapons or other related acts.*

*In the conclusions and recommendations, it states that military operations in support of the PNP must be carried out in compliance with the existing extensive national and international legislation in order to avoid the prosecution of soldiers in the common jurisdiction.*

**KEYWORDS:** *Guarantor position, disobedience, military actions and military operations.*

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú, en sus artículos 137° y 165°, permite que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno, previa declaratoria del estado de emergencia. En concordancia con ello, la Resolución Ministerial N° 1411-2016-DE/CCFFAA (Ayvar Hermoza & Díaz Machuca, 2020), aprobó los roles estratégicos de

las Fuerzas Armadas, entre las cuales se encuentra la participación en del control del orden interno.

En este contexto, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno y actúan según las reglas de conducta operativa (RCO), los principios del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se encuentra establecidos en el Decreto Legislativo N° 1095, que establece las reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, norma que recoge estándares internacionales para el uso de la fuerza y empleo de las armas, previamente establecidos en el Código de conducta de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU) y, en los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Octavo Congreso de las Naciones Unidas, 2023); además, de las directivas estratégicas, directivas operacionales y orden de operaciones, marco legal que debe conocer y cumplir el comandante militar y que la justicia militar y común deben tener en cuenta al procesar a todo militar.

En este contexto, es que en la actualidad el fuero común se encuentra procesando a los comandantes militares y al personal militar involucrado en presuntos excesos durante la ejecución de acciones militares, en apoyo a la Policía Nacional del Perú y, en operaciones militares de control del orden interno; sin embargo, estos hechos también podrían ameritar el procesamiento de dicho personal militar por el delito de desobediencia, previsto y penado en el artículo 117° del Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094.

En esta situación, podrían presentarse casos en los que libremente y por decisión propia el personal incumpla una obligación que le fuera impuesta, que afectaría al servicio, o podría presentarse una situación que amerite una rápida respuesta en protección a bienes jurídicos de igual valor, en cuyo caso su accionar estaría amparado por la legislación vigente.

Debido al contexto social, el marco legal es distinto a una situación normal y, el comportamiento de los manifestantes o de los que generan disturbios internos pueden acarrear situaciones no contempladas en las normas internacionales, nacionales e internas de los Comandos Operacionales, a cargo de las fuerzas en apoyo de la Policía Nacional del Perú, y en operaciones militares a cargo de las Fuerzas Armadas, por lo que surge la necesidad de saber con precisión cuando se incumple la posición de garante en atención al abundante marco legal internacional y nacional vigente, pues podría presentarse supuestos en los cuales, cumpliendo los estándares internacionales de uso de la fuerza y empleo de las armas, se pueden afectar bienes jurídicos de valor como la vida.

## **II. CUESTIONAMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN ACCIONES MILITARES EN APOYO DE LA POLICÍA NACIONAL**

En tiempos recientes, debido a la alteración del orden público en diversas regiones del país, el Estado, en uso legítimo del *ius Imperium*, dispuso la participación de las Fuerzas Armadas en operaciones y acciones militares, en unos casos a cargo de la propia Fuerza Armada y, en otros, en apoyo de la Policía Nacional del Perú.

Sin embargo, esta participación no ha estado exenta de cuestionamientos al actuar de las Fuerzas Armadas, prueba de ello es que en la actualidad se están investigando los hechos a nivel del fuero común (Ministerio Público, 2023), obviando que este tipo de delitos se configura ante el incumplimiento deliberado de la ley, reglamentos y toda otra norma que se le haya impuesto al comandante militar.

Por otra parte, no es menos cierto que en toda actividad militar se emiten ordenes, las mismas que deben ser cumplidas por el personal militar, pero, en algunos casos, pese a tratarse de órdenes legítimas y legales, su ejecución por parte del personal subordinado ha conllevado a su cuestionamiento y posterior investigación.

En este caso, es válido preguntarse, ¿cuáles serían las causas que podrían señalarse para afirmar que no se efectuó un debido control de la ejecución de las órdenes?, ¿era materialmente posible efectuar dicho control?, con lo cual podría determinarse hasta dónde alcanza la responsabilidad del comandante militar, en un hecho determinado.

Esta situación, no hace sino, generar la obligación de precisar los alcances de esta responsabilidad, en el entendido que no se podría sancionar a alguien que no haya cometido delito o no tuvo la posibilidad de efectuar dicho control.

## **III. ALCANCES DE LA OBEDIENCIA DEBIDA Y LA POSICIÓN DE GARANTE SEGÚN LOS ENTENDIDOS Y LA DOCTRINA**

Wolfendale (Wolfendale, 2009), dice: (...) Como señalé anteriormente, ya se acepta que el personal militar tiene el

deber de desobedecer órdenes manifiestamente ilegales o inmorales. Sin embargo, si bien algunos autores han defendido el derecho a la objeción de conciencia selectiva, pocos han argumentado que el personal militar podría tener el deber de negarse a participar en una guerra ilegal o inmoral, en lugar de simplemente tener permiso para negarse. Sin embargo, según la concepción de integridad profesional militar que he esbozado, si se ordena al personal militar participar en una operación militar que tienen buenas razones para creer que viola los compromisos morales y/o legales del ejército, no sólo tienen permiso para negarse a hacerlo, participar en tales acciones; tienen el deber moral positivo de negarse a participar, con el argumento de que la participación violaría los mismos valores morales con los que se supone que está comprometida la profesión militar. (...)” (traducción libre del inglés). El autor acepta que el personal militar tiene el derecho de desobedecer órdenes manifiestamente ilegales o inmorales, pero, según la concepción de integridad profesional militar, no solo no debe negarse a hacerlo, sino que, además no debe participar por comprometer la profesión militar.

Du Puit (Du Puit, 2001), considera que, debido a la especial actividad militar, se ha considerado una legislación interna para que se cumpla la obediencia jerárquica y, también, una ley especial penal como el delito de desobediencia.

Daza López (Daza López, 2013), concluye que, “El derecho penal internacional estableció también responsabilidad para los militares cuando omiten cumplir con sus roles constitucionales y con ello resulta la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que estaban obligados a proteger,

fundamentado en la llamada “Doctrina Yamashita” y en el Bloque de Constitucionalidad en el que el principio de legalidad se flexibiliza para poder castigar a quienes como garantes actúen de forma omisiva”

Rocha Herrera (Rocha Herrera, 2017), al preguntarse ¿qué medidas razonables debe tomar un comandante?, señala que: a). **en materia de conocimiento**, cabría preguntarse ¿cuánto en realidad sabe o se espera que sepa el comandante?, ¿supo, debería saber, omitió saber o tenía que saber de la comisión de los crímenes de sus subordinados?; b) **en materia de prevención**, en términos reales, ¿qué posibilidades materiales tuvo o tiene el comandante para prevenirlos?, ¿qué medidas necesarias y razonables llevó o lleva a cabo en las circunstancias en las que se encuentra? En materia de prevención, la obligación del comandante inicia cuando este se percata o tiene una sospecha razonable de que un crimen se está cometiendo o está por cometerse por sus subordinados (El Fiscal vs. Kristić, 2004, TIPY); c) **en materia de control efectivo**, donde lo que realmente cuenta es el ejercicio efectivo de poder y control sobre los subordinados (El Fiscal vs. Delalić et al., 2001, TIPY). Así, hoy sabemos que un superior puede quedar absuelto si demuestra que no estaba en posición de ejercer un control efectivo (El Fiscal vs. Blaskić, 2000, TIPY).

Estos tres estándares o criterios de responsabilidad del superior jerárquico (conocimiento, prevención y control efectivo) forman parte del examen bajo el cual la actuación de los comandantes, en sus obligaciones como superiores jerárquicos, se analizan hoy en los tribunales penales internacionales, incluida la Corte Penal Internacional (CPI). El caso de Bemba Gombo, que fue el primero en el que la CPI examinó las

responsabilidades del superior jerárquico, conforme al artículo 28 del Estatuto, fue resuelto a la luz de estos estándares o criterios de responsabilidad del comandante, recogidos a lo largo de la evolución de la doctrina del command responsibility, desde Yamashita hasta el TIPY (Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia) y el TIPR (Tribunal Internacional para Ruanda).

En el ámbito nacional, Arévalo (Arévalo Martínez, 2022), considera que el delito de desobediencia es una “(...) ley penal en blanco por lo mismo para poder aplicarlo correctamente se tiene que remitir obligatoriamente a otras leyes, reglamentos, normas propias de cada institución a la que pertenece el investigado es decir a normas extrapenales, teniendo que ser esta remisión clara y dentro de los parámetros de la legalidad no vulnerando derechos fundamentales de los investigados (...)”

Lazo Portocarrero (2020), sostiene que este tipo de delito “(...) exige el concurso de tres presupuestos esenciales a saber: 1.- La omisión intencional por parte del personal militar o el policía, 2.- Que vulnere las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, y 3.- Que atente contra el servicio. (...)”; sin embargo, señala que, el último requisito es complejo, pues para algunos implica que se considere que el personal está de servicio por el hecho de encontrarse en actividad, mientras que, para otros, esto se aplica únicamente a quienes están efectivamente cumpliendo una actividad propia de su trabajo.

En cuanto a la posición de garante, Díaz (Díaz Rodríguez, 2020) sostiene que “(...) residen en la mera omisión de una conducta debida y no en la no evitación

de un resultado, lo cual implica que solo se castiga la omisión y el resultado lesivo, en caso de producirse, no le sería imputable. Pero a diferencia de las omisiones puras, en las que, pese a que la persona que omite era garante, no tenía que actuar como controlador de riesgos, en estos casos si debe actuar y si tiene ese deber de garante que no se encuentra en las omisiones puras, pero no al mismo nivel que en la comisión por omisión.”

Muñoz Conde (Muñoz Conde, 1999), señala que “(...) La principal dificultad con que tropezamos a la hora “de establecer la posición de garante, es la no mención expresa de los deberes que la fundamentan en el tipo legal del delito comisivo, que solo describe expresamente una acción positiva. De ahí que se formulen reparos de orden constitucional (infracción del principio de legalidad de los delitos) contra la figura de los delitos de comisión por omisión.”

#### IV. CONCLUSIONES

**Primera:** El Decreto Legislativo N° 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, el código de conducta de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y, los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, son el tipo normativo básico para las acciones militares y operaciones militares.

**Segunda:** Se configura la omisión de su posición de garante del delito de desobediencia, por la sola existencia del peligro.

**Tercera:** Para el caso de las acciones militares y operaciones militares, el delito de desobediencia es del tipo de comisión por omisión de normas internacionales y

nacionales sobre el empleo y uso de la fuerza y de las armas, en tanto dichas normas constituyen estándares internacionales.

**Cuarta:** Considero que, para investigar este tipo de delito por afectación a la posición de garante, los estándares internacionales para la responsabilidad en el mando son las normas que deben considerarse, por las particularidades que representa toda operación militar o acción militar.

## V. RECOMENDACIONES

**Primera:** Para el caso de acciones militares u operaciones militares, debe establecerse que, el marco regulatorio lo constituye:

- a. La Constitución Política del Perú.
- b. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- c. El Código de conducta de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.
- d. Los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.
- e. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.
- f. El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949.
- g. El Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949.

- h. El Decreto Legislativo N° 1095 y su reglamento.
- i. El Código Penal.
- j. Las Reglas de conducta operativa de las Fuerzas Armadas.

**Segunda:** Para el caso de las acciones militares y operaciones militares, el delito de desobediencia es del tipo de comisión por omisión de normas internacionales y nacionales sobre el empleo y uso de la fuerza y, de las armas, en tanto dichas normas constituyen estándares internacionales.

**Tercera:** Para el caso del delito de desobediencia, cometido en acciones militares u operaciones militares, se recomienda que se considere que se configura el delito por la omisión de su posición de garante, por la sola existencia del peligro; además, porque teniendo una posición de garante realiza un comportamiento que implica ausencia de una intervención de protección de bienes jurídicos, por lo que se produce su lesión.

**Cuarta:** Considero que, para establecer la responsabilidad de este tipo de delito por afectación a la posición de garante, se deben tener en cuenta los estándares internacionales para la responsabilidad en el mando, por las particularidades que representa toda operación militar o acción militar.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARÉVALO MARTÍNEZ, D. L. (2022). *El delito de desobediencia en el Código Penal Militar Policial y el principio de legalidad penal en Cajamarca 2021-2022*. (U. C. Vallejo, Ed.). Recuperado el 08 de 09 de 2023, de: [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/106162/Ar%c3%a9valo\\_MDL-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/106162/Ar%c3%a9valo_MDL-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Asamblea General en su resolución 34/169. (s.f.). *Código de conducta de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Recuperado el 21 de setiembre de 2023, de Naciones Unidas: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/code-conduct-law-enforcement-officials>
- AYVAR HERMOZA, G., & DÍAZ MACHUCA, C. M. (2020). Plan Director Conjunto Para Enfrentar La Deficiente Sensibilización A La Sociedad Civil, Sobre El Primer Rol Estratégico De Las Fuerzas Armadas, Por Parte De Las Direcciones De Información De Las Instituciones Armadas A Nivel Nacional. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica Del Perú. Recuperado el 23 de Setiembre de 2023, de [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/17908/AYVARHERMOZA\\_DIAZMACHUCA\\_PLAN\\_DIRECTOR\\_CONJUNTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/17908/AYVARHERMOZA_DIAZMACHUCA_PLAN_DIRECTOR_CONJUNTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- BALDEÓN BUENDÍA, S. (2022). Conocimiento sobre las condiciones jurídicas y la responsabilidad penal en el delito de omisión impropia en militares del Ejército, 2021. (Universidad Nacional de Tumbes, Ed.) Tumbes, Perú.  
¿Recuperado el 21 de setiembre de 2023, de <https://repositorio.untumbes.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12874/63469/TESIS%20-%20BALDEON%20BUENDIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú. Lima, Perú. Recuperado el 21 de setiembre de 2023, de <https://lpderecho.pe/constitucion-politica-peru-actualizada/>
- DAZA LÓPEZ, M. I. (2013). La posición de garante en delitos impropios por omisión cometidos por los militares por incumplimiento de sus funciones constitucionales y legales. Colombia: Universidad EAFIT. Recuperado el 22 de setiembre de 2023, de [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/1354/DazaLopez\\_Ma\\_riaIsabel\\_2013.pdf?sequence](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/1354/DazaLopez_Ma_riaIsabel_2013.pdf?sequence)
- DAZA TOVAR, L. E. (2020). Posición de garante del comandante militar. Tesis de maestría en justicia y tutela de los derechos con énfasis en ciencias penales y criminológicas, 106. (Universidad Externado de Colombia, Ed.) Bogotá, Colombia. Recuperado el 21 de setiembre de 2023, de <https://bdigital.uxternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/f982bb3d-91e1-4fa3-85d2-4ffc-8c345af/content>
- DÍAZ RODRÍGUEZ, B. (01 de 09 de 2020). Economist & Jurist. Recuperado el 08 de setiembre de 2023, de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-posicion-de-garante-desde-la-perspectiva-formal-y-material/>

- DU PUIT, J. (noviembre de 2001). La obediencia jerárquica en el de derecho penal militar peruano. La reforma del derecho penal militar - Anuario de derecho penal 2001-2002, 241-259. Recuperado el 08 de setiembre de 2023, de [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2001\\_11.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2001_11.pdf)
- ESCUADERO SÁNCHEZ, C. L., & Cortez Suárez, L. A. (2018). Técnicas y métodos cualitativos para la investigación científica. UTMACH. Recuperado el 18 de octubre de 2021, de <http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/14207/1/Cap.1-Introducci%C3%B3n%20a%20la%20investigaci%C3%B3n%20cient%C3%ADfica.pdf>
- Estado peruano. (2010). Decreto Legislativo N° 1094, Código Penal Militar Policial. Lima, Perú. Recuperado el 23 de setiembre de 2023, de <https://lpderecho.pe/codigo-penal-militar-policial-actualizado/>
- Estado peruano. (s.f.). Decreto Legislativo N° 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional. 2010. Lima, Perú. Recuperado el 21 de setiembre de 2023, de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/4E2FCC17050A1136052577910065602D/\\$FILE/DECR\\_LEGISLATIVO\\_PR\\_1095.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/4E2FCC17050A1136052577910065602D/$FILE/DECR_LEGISLATIVO_PR_1095.pdf)
- FERIA AVILA, H., Matilla González, M., & Mantecón Licea, S. (2019). La triangulación metodológica como método de la investigación científica: Apuntes para una conceptualización. *Didáctica y Educación*, 10(4), 137-146. Recuperado el 18 de octubre de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7248603.pdf>
- FERNÁNDEZ, A. C. (2013). Pensar y actuar metodológicamente: Una experiencia de investigación mediante un estudio de casos cualitativo/Thinking and acting methodologically: A research experience of qualitative case study. *Arteterapia*, 8, 191-210. Recuperado el 19 de octubre de 2021, de <https://www.proquest.com/docview/1524241974/fulltext/2490C654C4E848F0PQ/8?accountid=37408>
- GUEVARA ALBAN, G. P., Verdesoto Arguello, A. E., & Castro Molina, N. E. (2020). *Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación-acción)* (Vol. 4). Ecuador: Editorial Saberes del Conocimiento. doi:DOI: [https://doi.org/10.26820/recimundo/4.\(3\).julio.2020.163-173](https://doi.org/10.26820/recimundo/4.(3).julio.2020.163-173)
- HERNÁNDEZ-SAMPIERI, R., & MENDOZA TORRES, C. P. (2018). *Metodología de la Investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta* (Primera edición ed.). Ciudad de México: McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. Recuperado el 15 de octubre de 2021, de <http://repositorio.uasb.edu.bo/handle/54000/1292>
- Instituto de Investigación, F. (2019). GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN. Lima, Perú. Recuperado el 07 de setiembre de 2023, de <https://derecho.usmp.edu.pe/wp-content/uploads/2022/05/elabtrabajos.pdf>

- LAZO PORTOCARRERO, J. M. (2020). La justicia militar en el Perú y la necesidad de su existencia. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 08 de setiembre de 2023, de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16711/>
- LAZO\_PORTOCARRERO\_JOS%C3%89\_MART%C3%8DN.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- MARÍN L., A., Hernández R., E., & Flores Q., J. (2016). METODOLOGÍA PARA EL ANÁLISIS DE DATOS CUALITATIVOS EN INVESTIGACIONES ORIENTADAS AL APROVECHAMIENTO DE FUENTES RENOVABLES DE ENERGÍA. *Revista Arbitrada Interdisciplinaria Koinonía*, 1(1), 60-75. Recuperado el 18 de octubre de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7062638.pdf>
- MARTÍNEZ M., M. (2006). La investigación cualitativa (síntesis conceptual). *Revista de Investigación en Psicología*, 9(1), 123-146. Recuperado el 18 de octubre de 2021, de [https://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/investigacion\\_psicologia/v09\\_n1/pdf/a09v9n1.pdf](https://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/investigacion_psicologia/v09_n1/pdf/a09v9n1.pdf)
- Ministerio Público. (13 de enero de 2023). *Plataforma digital única del Estado Peruano*. Recuperado el 25 de setiembre de 2023, de <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/noticias/688267-ministerio-publico-abrio-8-investigaciones-por-muertes-producidas-durante-las-manifestaciones-sociales>
- MUÑOZ CONDE, F. (1999). *Teoría General del Delito*. Santa fé de Bogotá: Editorial Temis S.A. Recuperado el 08 de 09 de 2023
- Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre, P. T. (21 de setiembre de 2023). *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Recuperado el 21 de setiembre de 2023, de Naciones Unidas: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-use-force-and-firearms-law-enforcement>
- PATTON, M. Q. (2002). *Qualitive Research & Evaluation Methods* (3 ed.). California: Sage Publications Inc. Recuperado el 12 de octubre de 2021, de <https://aulasvirtuales.files.wordpress.com/2014/02/qualitative-research-evaluation-methods-by-michael-patton.pdf>
- PIZA BURGOS, N. D., Amaiquema Marquez, F. A., & Beltrán Baquerizo, G. E. (Octubre-Diciembre de 2019). MÉTODOS Y TÉCNICAS EN LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA. ALGUNAS PRECISIONES NECESARIAS. *Revista Conrado*, 15 (70). Recuperado el 12 de octubre de 2021, de <http://scielo.sld.cu/pdf/rc/v15n70/1990-8644-rc-15-70-455.pdf>
- Presidencia del Consejo de Ministros. (14 de diciembre de 2022). *Diario oficial El Peruano*. Recuperado el 8 de setiembre de 2023, de <https://elperuano.pe:https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2134229-1>
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 15 de octubre de 2021, de <https://dle.rae.es/categor%C3%ADa?m=form>

SPRADLEY, J. (1980). Participant observation. 53-84. Recuperado el 26 de septiembre de 2023, de [https://www.uio.no/studier/emner/sv/sai/SOSANT4110/h17/pensumliste/spradley\\_doing-participant-observation.pdf](https://www.uio.no/studier/emner/sv/sai/SOSANT4110/h17/pensumliste/spradley_doing-participant-observation.pdf)

WOLFENDALE, J. (2009). Professional Integrity and Disobedience in the Military. (M. Cook, & H. Syse, Edits.) *Journal of Military Ethic*, 8(2), 127-140. doi:<https://doi.org/10.1080/15027570903037934>

Renatto Mario Porras Zea<sup>1</sup>

## EL DERECHO A LA NO INCRIMINACIÓN Y EL DERECHO A DECLARAR EN LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. ALCANCES HISTÓRICOS SOBRE EL DERECHO A LA NO INCRIMINACIÓN; III. CONCEPTOS QUE AYUDAN A ENTENDER EL DERECHO A LA NO INCRIMINACIÓN; IV. TEORÍAS SOBRE EL DERECHO DE NO INCRIMINACIÓN; V. MARCO CONCEPTUAL DE LA GARANTÍA DE NO INCRIMINACIÓN; VI. CONCLUSIONES; VII. RECOMENDACIONES; Y VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### RESUMEN

El autor trata sobre el derecho a la no auto incriminación, exponiendo sus alcances históricos, los conceptos esenciales para su mejor entendimiento, las teorías que sobre tal derecho se han establecido, entre otros aspectos.

El derecho a la no incriminación se encuentra debidamente reconocido en los Tratados Internacionales que nuestro país ha suscrito, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, dice el autor, además, de explicar el tratamiento de este derecho en las constituciones políticas peruanas de 1979 y 1993 y su positivización en la legislación procesal; no obstante, refiere que existe en la práctica cotidiana un desconocimiento del contenido de este derecho.

En una de las conclusiones a las que arriba, el autor expresa que “el principio de no autoincriminación en el derecho procesal penal, tiene la

---

1 Oficial de la Fuerza Aérea del Perú, abogado.

finalidad de resguardar al sujeto pasivo del proceso penal, por lo que se ha materializado a través del reconocimiento de dos derechos principalmente, a saber, el de declarar sin prestar juramento y el derecho a guardar silencio.”

**PALABRAS CLAVE:** Incriminación, Tratados Internacionales, Derechos Civiles y Políticos, Derechos Humanos, Constitución Política, derecho al silencio, culpabilidad.

## ABSTRACT

*The author discusses the right to non-self-incrimination, exposing its historical scope, the essential concepts for its better understanding, the theories that have been established regarding such right, among other aspects.*

*The right to non-incrimination is duly recognized in the International Treaties that our country has signed, such as the International Covenant on Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights, says the author, in addition to explaining the treatment of this law in the Peruvian political constitutions of 1979 and 1993 and its positivization in procedural legislation; However, it states that in daily practice there is a lack of knowledge of the content of this right.*

*In one of the conclusions reached, the author states that “the principle of non-self-incrimination in criminal procedural law has the purpose of protecting the passive subject from the criminal process, which is why it has been materialized through the recognition of two rights mainly, namely, the right to testify without taking an oath and the right to remain silent.”*

**KEYWORDS:** Criminalization, International Treaties, Civil and Political Rights,

*Human Rights, Political Constitution, right to silence, culpability.*

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la no incriminación se encuentra debidamente reconocido en los Tratados Internacionales que nuestro país ha suscrito, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Debemos recordar que el derecho a la no incriminación se encontraba expresamente reconocido en la Constitución Política del Perú de 1979, en el artículo 2°, inciso 20, numeral K; sin embargo no fue reconocido expresamente en la Constitución de 1993, que limita en su art. 2°, inciso 24, numeral g, el contenido del derecho a la no incriminación a la prohibición de violencia física o moral.

A pesar de ello y de encontrarse positivizado tanto a nivel constitucional y en la legislación procesal, existe en la práctica cotidiana un desconocimiento del contenido de este derecho.

En estos procesos se ha cuestionado públicamente el silencio de algunos de los investigados o su renuencia a colaborar con las investigaciones. Silencio que, si bien puede ser éticamente reprochable por la naturaleza de la acusación, es jurídicamente permitido.

En el llano y en el quehacer de cada día de los Tribunales, es común observar que muchos jueces sustentan sus resoluciones judiciales condenatorias con frases como “teniendo en cuenta, además que el procesado estuvo renuente a colaborar con la justicia a pesar de ser debidamente exhortado...”, lo que evidencia un desconocimiento del derecho a la no incriminación.

En la historia reciente de nuestra legislación procesal, la misma Ley ordenaba valorar los atestados policiales, realizados en dependencias donde no se emplean mecanismos procesales tendientes a garantizar el ejercicio de este derecho.

Por ello la no incriminación entendida como el derecho del procesado de introducir en el proceso la información que él considera conveniente, se ha visto poco desarrollado en nuestro país y su expresión mínima, cual es no ser coaccionado a declarar, se ha reducido a la prohibición de violencia física, es decir de la tortura, olvidándose sus alcances en lo que se conoce como la coacción moral y el derecho al silencio.

Muchos magistrados consideran aún vigente el artículo 127 del Código de Procedimientos Penales que señala: **“el juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad”**, regulación coherente con el sistema inquisitivo que parte de una premisa de presunción de culpabilidad y que ha sido derogada tácitamente por la Constitución Política del Perú, que establece la presunción de inocencia.

En nuestro país numerosas sentencias judiciales se sustentan en declaraciones bajo exhortación o en la presunción de culpabilidad del silencio del procesado, por lo cual, a nuestro entender, devienen en inconstitucionales al violentar el derecho de no incriminación de los procesados.

## II. ALCANCES HISTÓRICOS SOBRE EL DERECHO A LA NO INCRIMINACIÓN

En la necesidad de erradicar la práctica de la tortura, utilizada a fin de obtener la confesión de los inculpados, no sólo en épocas nefastas de la historia del Derecho, sino incluso modernamente constituyó la

causa de la implantación de la garantía de la no incriminación.

Las investigaciones sobre este tema no pueden desdeñar pues la historia del proceso penal. Por ello un primer antecedente inmediato que hemos encontrado respecto a este tema, es el debate sobre la calidad del inculpado como objeto o sujeto del proceso y su posterior reconocimiento como sujeto, tal discusión es sintetizada por el profesor ALBIN ESER.

Luego de ello, el establecimiento de las garantías procesales implantadas a nivel constitucional y su reconocimiento como derecho, permite el desarrollo doctrinario sobre el derecho a no declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable; al respecto, tenemos el estudio del profesor JOAN PICOIJUNOY, titulado “Garantías Constitucionales del Proceso”.

En el Derecho comparado el desarrollo de la no incriminación encuentra una de sus fuentes principales en el *Due process law* inglés, ya que es en Estados Unidos donde se establece el contenido de esta garantía con el establecimiento de la “*Miranda Rule*” y los mecanismos de salvaguarda a este derecho.

En Estados Unidos, el Tribunal Supremo estableció que el uso que hiciera cualquiera de sus Estados miembros de una confesión que suponga cualquier tipo de coacción, supone una negación del *Due Process of Law*, y por lo tanto es inadmisibles. Esta es la primera línea directriz para la admisión de la confesión.

La importancia de este tema de la no incriminación como manifestación del Derecho de Defensa es desarrollado de manera amplia por el Dr. ALEX CARROCCA PÉREZ, en su libro: “Garantía Constitucional

de la Defensa Procesal”. (Barcelona: Bosch, 1997).

Sobre el desarrollo de los derechos constitucionales (la no incriminación se encuentra dentro de ellos) de directa aplicación, es necesario recurrir al Derecho comparado y en especial a lo establecido por el Tribunal Constitucional español.

Por lo que hemos podido investigar hasta el momento, en América Latina la garantía de la no incriminación se encuentra reducida sólo a evitar que se produzcan declaraciones bajo algún tipo de coacción física o moral y no se entiende su real contenido.

Así en Argentina, CARLOS COLAUTTI sostiene que la garantía de no autoincriminación ha quedado reducida ya que “la autoincriminación carece de validez en sede penal, sólo cuando es producto de la coacción que abarca los aspectos físicos y psíquicos” (Derechos Humanos. Buenos Aires, Universidad, 1995 p. 105).

Como vemos, el asunto de la no incriminación se enmarca no sólo dentro del marco del Derecho procesal penal, sino que incluye al Derecho Constitucional, ya que los principios procesales son, como explica TIEDEMANN, el conflicto entre poder punitivo y el ciudadano, es un problema de derecho constitucional. (ROXIN, Claus, ARTZ Gunther y Klaus TIEDEMANN. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, Barcelona, Ariel 1989.)

### III. CONCEPTOS QUE AYUDAN A ENTENDER EL DERECHO A LA NO INCRIMINACIÓN

La **no incriminación** es el derecho a “no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”; es una manifestación de los derechos constitucionales de defensa y de la presunción de inocencia. Es

el derecho del inculcado de introducir al proceso la información que considere conveniente. Dicho derecho tiene dos expresiones: el derecho a declarar y el derecho a no hacerlo.

El **Derecho a guardar silencio**, es una expresión del derecho a la no incriminación, por el cual el silencio del inculcado no puede ser tenido como indicio de culpabilidad. El silencio de inculcado no es susceptible de ser valorado por el juzgador.

Sobre las “**Garantías Constitucionales del Proceso**”, debemos decir que son producto de las luchas de los ciudadanos a fin de protegerse de la fuerza pública del Estado y de sus desbordes, se constituyen en verdaderos límites a este poder y por eso tienen rango constitucional y ese es su grado. Son a la vez principios orientadores de la actividad legislativa de un Estado en materia de justicia.

La **presunción de inocencia** es una garantía genérica prevista en nuestra Constitución como un derecho fundamental a la libertad. Se constituye en una presunción iuris tantum por la cual nadie puede ser considerado como culpable si es que no existe una condena penal que así lo declare. Es un concepto a partir del cual se construye todo un modelo garantista de justicia penal.

## IV. TEORÍAS SOBRE EL DERECHO DE NO INCRIMINACIÓN

### IV.1. Teoría de la admisión

En principio, la declaración del imputado, prestada ante el fiscal y con consejo técnico de abogado defensor, no puede constituir ilicitud en la obtención de la misma, por lo que, lo que no nació ilícito, no puede convertirse en tal, al momento de su actualización en juicio, mediante su

lectura, así, la declaración contenga una confesión.

## IV.2. TEORÍA DE LA EXCLUSIÓN

Si el imputado, ejerce su derecho legítimo a guardar silencio en juicio, no puede ser forzado a hablar, mediante la introducción de una declaración anterior. Tal procedimiento, no consiste más que en hacerlo confesar de ser ese, el contenido de la declaración, bajo el disfraz de una lectura previa.

Al respecto, por más persuasiva y atractiva que nos parezca la segunda teoría; lo cierto es, que el contenido de la declaración anterior, prestada ante el fiscal, no supone una obligación al imputado a declarar contra sí mismo; puesto que fue otorgada de forma voluntaria, con consejo técnico de abogado defensor y con la garantía de incoercibilidad.

Luego, no se produjo ilicitud ni vulneración al derecho del imputado, ni a su libre autodeterminación. La obtención de la declaración es legítima y por ende utilizable.

Ahora, si el conflicto surge al momento de la actualización de la declaración en juicio, mediante su lectura; tal procedimiento, es igualmente lícito y no destruye la garantía de la no autoincriminación. Así, la obtención legítima de una declaración rodeada de todas las garantías legales exigibles, no puede convertirse en ilícita, al momento de su actualización en juicio.

De ahí, precisamente, la justificación de una de las reglas Miranda, en el sentido

que el imputado “tiene derecho a guardar silencio y lo que diga puede ser utilizado en su contra en el juicio”. Nótese, que incluso esa regla de garantía, implica la declaración del imputado, al momento de su detención, no contando con abogado defensor. Si ello puede ser admitido, con mayor razón, la declaración prestada después de ser informado de los derechos que le asisten al imputado.

Con ello, no estoy afirmando que las regla Miranda han sido importadas y positivizadas a nuestro ordenamiento jurídico, sino que nuestro sistema de justicia legal encuentra suficiente claridad y legitimidad en cuanto a los alcances de la aplicación del principio de no autoincriminación, y en lo que se refiere a los derechos del imputado. Luego, las reglas se resumen en las siguientes: **a) El imputado tiene derecho a guardar silencio no a mentir; b) El imputado tiene derecho a declarar sin medios coercitivos, que afecten su libre autodeterminación; y, c) La declaración voluntaria del imputado, obtenida con consejo técnico, puede ser utilizada en juicio.**

## V. MARCO CONCEPTUAL DE LA GARANTÍA DE NO INCRIMINACIÓN

Podemos definir el derecho o garantía de no autoincriminación, también conocido como principio *nemo tenetur se ipsum accusare* (**nadie está obligado a declarar contra sí mismo**),<sup>2</sup> como aquel que “permite al imputado negarse a responder ciertas preguntas cuya respuesta pueda implicar

2 Muñoz, Francisco. 2009. De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo. *Passim*. Revista penal (23): 74 p.

que se le persiga criminalmente por un delito, a él o a algún miembro de su familia”,<sup>3</sup> y tiene su base en la manifestación de auto conservación del ser humano, lo cual se ve reflejado anteriormente en el Corpus Iuris Canonici, con la máxima romana, *nemo tenetur prodere seipsum* (nadie está obligado a traicionarse a sí mismo).<sup>4</sup>

**El principio de no auto incriminación** se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente, el derecho de prestar declaración sin jurar decir la verdad y el derecho a guardar silencio. El cuál es el derecho a que su persona no sea utilizada como fuente auto incriminatoria contra él mismo, y esto se ha debatido porque no se permitiría llevar a cabo ningún tipo de procedimiento en que se pudiera desprender la culpabilidad, ni siquiera la alcoholemia.

**Los derechos fundamentales** pueden ser vistos como concreciones del principio de respeto a la dignidad humana, en la medida en que un tratamiento digno sería aquel acorde con aquellos derechos de cuyo reconocimiento y respeto deriva el Estado, precisamente su legitimidad. Las exigencias de un trato humano y digno solo sería posible derivarlas a partir de los ámbitos

específicos de cada uno de los derechos y las libertades fundamentales.

**La búsqueda de la verdad**, es otro argumento usado para exigir una declaración del imputado. Es “la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas establecidas en la ley”,<sup>5</sup> o más precisamente en sede penal “**la comprobación en el juicio penal de la verdad** o falsedad de un hecho o circunstancia relacionado con la conducta humana que sea pertinente y relevante para acreditar la existencia del delito y establecer la identidad del delincuente”,<sup>6</sup> es que el principio *nemo tenetur* se ha consagrado como límite a esta búsqueda de la demostración de la existencia de un hecho, puesto que si bien es cierto que a lo que se quiere llegar es a encontrar evidencia suficiente y necesaria para que el juez llegue al convencimiento y posteriormente falle, este proceso no puede transgredir las garantías establecidas en favor del imputado,<sup>7</sup> **es decir, la búsqueda de la verdad** no autoriza al juez ni a las partes a violar los límites éticos y legales colocados por un proceso penal sensibles a la dignidad humana.<sup>8</sup>

**Nuevos paradigmas para el proceso.** La presunción de inocencia como regla de

3 González, María de los Ángeles. La carga dinámica de la prueba y sus límites. Santiago, legal publishing, 2013. 102 p.

4 Horvitz, María Inés. y López, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil. México, D.F. Jurídica de las Américas, 2008. 78 p.

5 Gorphe, Francois. De la apreciación de las pruebas. Buenos Aires, Ediciones Europa América, 1955. 24p.

6 Núñez, J. Cristóbal. Tratado del proceso penal y del juicio oral. México D.F. Jurídica de las Américas, 2009. 324 p.

7 González, M. Op cit. 99 p.

8 Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Santiago, Editorial Librotecnia. 2017. 1125 p.

juicio, la cual se sitúa en el momento en que de aplicación del estándar de prueba y la decisión de condena o de absolución justificada en este mismo estándar.<sup>9</sup> Así, si la prueba obrante en autos no resulta concluyente para demostrar la culpabilidad del imputado, se debe fallar en favor de su inocencia, entonces, la presunción de inocencia como regla de juicio implica el aseguramiento del juez de haber vencido por un medio institucional determinado a la presunción de inocencia como regla de prueba.<sup>10</sup>

**El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Este Pacto estipula que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.<sup>11</sup>

**Naturaleza jurídica de la declaración.** “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley.”

**Contenido y alcances del derecho a la libertad de declarar.** Todos los derechos involucrados tienen como finalidad que se haga efectiva la garantía de no autoincriminarse, y es importante aclarar que un sujeto se autoincrimina cuando presta una declaración en la cual reconoce total o

parcialmente la existencia del hecho punible o su participación en él.<sup>12</sup>

Es así que, mirando la normativa de nuestro país, veremos tres perspectivas (y con ello tres derechos) desde las cuales se ha tomado el principio *nemo tenetur*.<sup>13</sup>

Estas perspectivas son las siguientes: en primer lugar, se ha identificado con **prestar juramento al momento de declarar**; desde una segunda perspectiva, se ha identificado con el **derecho a guardar silencio o a permanecer callado**; y, en tercer lugar, se le ha identificado con el derecho del imputado a que **su persona no sea utilizada como fuente de prueba incriminatoria en contra de sí misma**.

**Contenido del Derecho a la no incriminación.** El artículo IX.2 del T.P. del NCPP establece que: “Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”. Luego, el ámbito de protección de la garantía es evitar la declaración coactiva, basado en el principio de incoercibilidad de la declaración del imputado.

En efecto, el principio de no autoincriminación comienza con el derecho a guardar silencio y termina con el ejercicio del derecho a declarar con la garantía de consejo técnico (Art. 71.2.d NCPP), y sin la utilización de métodos o técnicas para

9 Valenzuela, J. Op Cit. 92 p.9 Ibid. 93 p.

10 Ibid. 93p.

11 Sáez, Jorge. Forma y garantías de la autoincriminación. Revista Procesal Penal N° 44, Santiago, 2006. 44 p.

12 Horvitz, M. y López, J. Op cit. 79 p.12 ibid.

13 González, M. Op cit. 107 p.

influir sobre su libertad de autodeterminación (Art. 157.3 NCPP). La garantía de la no autoincriminación, no comprende la realización de actos ilegítimos. Supuestos de distorsión, se verifican cuando se afirma que el imputado tiene derecho a mentir, por cierto, derecho que no se encuentra dentro del catálogo previsto en el artículo 71 del NCPP; o que no puede ser obligado a prestar muestras corporales; muestras gráficas de comparación, en los delitos de falsificación; prestar su cuerpo para un reconocimiento en rueda; etc.

**La no utilización de coerción y la proscrición del juramento.** Podemos hacer un recorrido y citar casos del common law [sistema en el que se consolidó este principio], como *Watts vs. Indiana*; *Ashcraft vs. Tennessee*; *Massiah vs. United States*; *Escobedo vs. Illinois*; *Miranda vs. Arizona*; y otros muchos, en los que siempre se condenaron confesiones obtenidas mediante coacción y sin consejo técnico, pero jamás se atrevieron a proteger conductas ilícitas del imputado, bajo el manto del principio de no autoincriminación. Incluso, posteriormente, las propias Reglas Miranda se fueron flexibilizando, y se permitieron en algunos casos, la utilización de confesiones voluntarias, aunque sin necesario consejo técnico.

**Libertad negativa: Derecho al silencio.** Existe también esta tendencia, cuando nos referimos a la lectura en juicio de la declaración previa del acusado, **cuando éste invoca su derecho a guardar silencio.** Al respecto, el artículo 376.1 NCPP, establece que “Si el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente, el Juez le advertirá que, aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Fiscal”.

Cierta corriente, ha comenzado a protestar de la aplicación del citado artículo, señalando que se vulneraría el principio de no autoincriminación. Sin embargo, tal razonamiento resulta falaz. En principio, para la inaplicación, es necesario demostrar la derrotabilidad de la norma, y para ello, debe evidenciarse que la lectura de la declaración del imputado en juicio, constituye una admisión coactiva de culpabilidad.

## VI. CONCLUSIONES

La defensa de una persona es un elemento clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategias y elementos de respaldo jurídico necesario para garantizar su derecho de defensa dentro de un proceso judicial, lo que implica que la defensa del imputado constituye un derecho- regla de la tutela procesal efectiva.

El guardar silencio en la declaración del imputado constituye una modalidad o forma de ejercicio pasivo del derecho de defensa, el cual al haber ocurrido durante la declaración del imputado no debe ser objeto de valoración alguna, pues dicha conducta no es prueba.

El principio de no autoincriminación en el derecho procesal penal, tiene la finalidad de resguardar al sujeto pasivo del proceso penal, por lo que se ha materializado a través del reconocimiento de dos derechos principalmente, a saber, el de declarar sin prestar juramento y el derecho a guardar silencio.

El derecho de declarar prestando juramento distorsiona el tema de que el imputado era obligado a declarar y se encontraba

ante un dilema, puesto que si declaraba la verdad entregaba la evidencia necesaria para su condena, pero de mentir, cometía perjurio, por lo que al quitar el deber de jurar se terminó con este problema. Por su parte, la garantía de guardar silencio es un derecho aún más amplio, puesto que da la opción de no contestar ninguna pregunta si el imputado lo estima pertinente.

Por otro lado, encontramos que otra garantía importante para resguardar a otro interviniente del proceso penal, es decir, el testigo, es el llamado privilegio de no declarar del que gozan algunos de ellos, que puede ser principalmente por razones de relación de parentesco con el imputado, por el secreto profesional que lo liga con aquel, y finalmente, por el derecho que tiene el testigo de no auto incriminarse, es decir, de no dar información que lo pueda poner a él en la situación de sujeto pasivo del proceso penal.

## VII. RECOMENDACIONES

El derecho a guardar silencio por parte del imputado, constituye una estrategia defensiva, por lo tanto, restringirle de este derecho se le estaría negando la libertad que tiene el imputado de declarar o no declarar, derecho que le asiste en virtud de lo dispuesto por el artículo IX inciso 2 del nuevo Código Procesal Penal, así como también lo expresa la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8, inciso 2., literal g, de igual forma está previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, inciso 3, literal g.

Siendo así este derecho visto como una estrategia defensiva debe ser asumida como una conducta neutra, sin que exista motivo que el juzgador le asigne algún tipo de valoración en el juicio.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MUÑOZ, Francisco. 2009. De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo. *Passim. Revista penal* (23): 74 p.
- GONZÁLEZ, María de los Ángeles. *La carga dinámica de la prueba y sus límites*. Santiago, legalpublishing, 2013. 102 p.
- HORVITZ, María Inés. y López, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. México, D.F. Jurídica de las Américas, 2008. 78 p.
- GORPHE, Francois. *De la apreciación de las pruebas*. Buenos Aires, Ediciones Europa América, 1955. 24p.
- NÚÑEZ, J. Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral*. México D.F. Jurídica de las Américas, 2009. 324 p.
- MATURANA, Cristián y Montero, Raúl. *Derecho Procesal Penal. Tomo II*. Santiago, Editorial Librotecnia. 2017. 1125 p.
- SÁEZ, Jorge. *Forma y garantías de la autoincriminación*. *Revista Procesal Penal* N° 44, Santiago, 2006. 44 p. <https://lpderecho.pe/distorsiones-sobre-el-principio-de-no-autoincriminacion/>

**Jurisprudencia internacional y nacional**

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español TC Pleno, S 21-12-1995, núm. 197/ 1995.

- a.- Exp. N° 3043-97 –Sala Superior
- b.- Exp. N° 1064-97-Lima Sala Especializada de Derecho Público
- c.- Exp. N° 1045-99-Huanuco Sala Penal “C”
- d.- Expediente N° 1798-T Corte Superior de Justicia de Huánuco y Pasco.

## CAUSAS ACUMULADAS 220- 474-14 Y 473-322- 11, SEGUIDAS CONTRA ALEJANDRO LASTRA VILLANUEVA Y GERARDO PINTO SULCAHUAMÁN, POR EL DELITO DE ATAQUE A FUERZA ARMADA Y OTROS<sup>2</sup>

### CUESTIÓN PRELIMINAR

Durante el gobierno del general de división Juan Velasco Alvarado, ante el alarmante aumento de la criminalidad y la reiterada frecuencia con la que se cometían hechos delictuosos que causaban la muerte de miembros de la Fuerzas Policiales y de otras personas, por Decreto – Ley N° 19910, de 30 de enero de 1973, se dispuso:

“Artículo 1°.- Los que ataquen a miembros de la Fuerzas Policiales, encontrándose éstos en acto de servicio o con ocasión del mismo o en función propia de su Instituto, o perpetren el delito como acto de venganza por hechos derivados de aquél, serán reprimidos con:

1°.- La pena de muerte, si de la comisión del delito resultare el fallecimiento del agraviado;

2°.- Internamiento, en el caso de que el agraviado quede permanentemente inválido o inutilizado para el trabajo...”

---

1 Editor del “Jurista del Fuero Militar Policial”.

2 Tomado de: BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt. LA JUSTICIA MILITAR EN LA HISTORIA DEL PERÚ, CUARTA PARTE: DESDE 1951 HASTA 1980, PUBLICACIONES ESPECIALES DEL FUERO MILITAR POLICIAL, 2022, Págs. 313 a 319.

“Artículo 2º.- Los autores del delito a que se refiere el artículo anterior, serán juzgados por el Consejo de Guerra de la correspondiente Zona Judicial de Policía.

Cuando el delito haya sido perpetrado como consecuencia de otros delitos, los autores de éstos serán también juzgados por la Justicia Militar con sujeción al Código Penal.”

“Artículo 3º.- Los Jueces Instructores y Consejos de Guerra Permanentes actuarán con arreglo al procedimiento que señala el Título segundo de la Sección XI del Libro Segundo del Código de Justicia Militar.<sup>3</sup>

Entre el 19 de noviembre de 1973 y el 4 de febrero de 1976, fueron condenados a muerte y ejecutados: Alejandro Lastra Villanueva, Gerardo Pinto Sulcahuamán, José Murillo Andrade (Patita de Cuy), Juan Machare (Marache) Zapata, Miguel Salazar Valdivia, Alfredo Benítez Caldas y Luis Uscivilca Patiño.<sup>4</sup>

### Hechos y antecedentes del caso

El 21 de mayo de 1973, el teniente coronel GC primer jefe de la Octava Comandancia de la Guardia Civil de Huánuco, pone en conocimiento del juez instructor sustituto de policía de esa ciudad,

la comisión de los delitos de asalto, robo y homicidio en agravio de Leónidas Huaytán Ortega, funcionario del Banco de la Nación de Monzón y del guardia civil Pedro Bazán Panduro, por Alejandro Lastra Villavicencio y Gerardo Pinto Sulcahuamán, quienes se encontraban detenidos.

Realizadas las investigaciones se supo “que el 16 de mayo de 1973, a horas 12.30, aproximadamente, en el lugar denominado “Mono Punco”, en el camino que conduce de Monzón a Tantamayo, en circunstancias que el jefe de la oficina del Banco de la Nación de Monzón, señor Leónidas Huaytán Ortega, conducía la suma de 259,559.45 soles, en billetes circulares y otros documentos valorados, en una alforja, cabalgando una acémila, custodiado por el guardia civil Pedro Bazán Panduro, fueron emboscados por sus atacantes, los que, disparando sus escopetas, les causaron lesiones que les produjeron la muerte, después les despojaron de sus pertenencias, armas (revólveres de propiedad particular) y de la cantidad de 240,000.00 soles, en billetes circulares, emprendiendo la fuga.”

Los cadáveres fueron trasladados a la morgue de Tingo María, donde se les practicó la autopsia de ley, siendo los restos del guardia Bazán inhumados en el cementerio

3 El Decreto Legislativo N° 19910, modificó también el artículo 239° del Código Penal, que había sido sustituido por el Art.1° del Decreto Ley 19000, de forma que, aquellos que para perpetrar un robo ejercían violencia sobre una persona o la amenazaban con un peligro inminente para su vida o su salud, resultando de ello la muerte del agraviado, recibían la pena de muerte; igualmente, se retomó la pena de muerte para castigar a los autores de homicidios con circunstancias calificativas, que el Decreto - Ley N° 19000 había dejado sin efecto; es decir, los homicidios cometidos por “ferocidad o lucro; para facilitar u ocultar otro delito; con perfidia o crueldad o por veneno o por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas.” La norma disponía en el artículo 8°, además, que “cuando no constare quiénes practicaron las acciones o quién causó individualmente la muerte, se tendrá por autores a todos los protagonistas del hecho delictuoso.”

4 BRAVO MAXDEO, Roosevelt. Ob. Cit. Pág. 314.

de Tingo María, el 19 de mayo de 1973, y los del civil Huaytán, ese mismo día, en el cementerio de Huánuco.

Realizadas las pesquisas pertinentes, conforme se refiere en el Atestado N° 221 -DIC, el 18 de mayo, a las 4.10 horas, se logró identificar y capturar, en el fundo “La Esperanza”, ubicado en “Espino Alto”, comprensión de Cachicoto, distrito de Monzón, a Alejandro Lastra Villanueva (guardia civil con cese definitivo) y al civil Gerardo Pinto Sulcahuamán, los que se declararon “convictos y confesos”. Se recuperó la suma de 240, 000.00 soles, que estaba enterrado en el piso de la habitación, en una caja de madera fabricada por los delincuentes, dos revólveres de las víctimas y las escopetas de los autores, entre otras cosas. En cuanto a los hechos puntuales de la muerte de Bazán y Huaytán, se refiere que Lastra y Pinto esperaron a las víctimas emboscados entre la maleza. El guardia Bazán se desplazaba a pie, masticando caña de azúcar, y Huaytán montaba un caballo. Estando a pocos metros de sus víctimas, Lastra disparó su escopeta contra el guardia Bazán, impactándole en el costado izquierdo del tórax; disparándole también Pinto. Bazán pidió auxilio y al acercársele Huaytán con ese propósito, Lastra le disparó a éste en el brazo y el costado derecho del tórax, quién herido corrió unos 350 metros, siendo perseguido y alcanzado por Pinto, que le propinó varios culatazos con su escopeta (hasta romper la culata de esta) en el cráneo, arrojándolo luego al costado del camino, creyéndolo muerto.

Lastra y Pinto tomaron de la alforja que llevaba Huaytán 240,000.00 soles, se apropiaron de dos revólveres de las víctimas y entre ambos tiraron el cuerpo del guardia Bazán dentro de la maleza, con el propósito de ocultarlo. Se aproximaron al lugar donde Pinto había quedado tirado y al constatar

que seguía con vida, Lastra le disparó en el lado derecho del rostro, con el revólver que tomara del guardia Bazán. Los protocolos de autopsia que se practicaron en los cuerpos de Bazán y Huaytán arrojaron: “Muerte por arma de fuego para ambos”.

Lastra tenía 32 años, había sido guardia civil desde 1964 y cesado definitivamente por medida disciplinaria. Tenía pendiente la Causa N° 473-32211 que se le seguía por los delitos de abandono de servicio, evasión de presos y hurto, que se hallaba, con acusación, en la Zona Judicial de Aeronáutica, causa en la que había sufrido detención entre el 6 de mayo y el 19 de noviembre de 1970, fecha en que salió con libertad provisional. Los hechos tenían relación con el abandono de servicio que había cometido el 20 de setiembre de 1969, cuando cubriendo el servicio de vigilante de puertas, en el puesto de Cauri (Línea de Baños), había abandonado su servicio para beber licor con varios civiles, circunstancia en la que se había perdido del Puesto una máquina de escribir, un corraje, una gorra de uniforme y un grillete, hechos que configuraban el presunto delito de hurto. Poco tiempo después, el 8 de enero de 1970, se le ordenó que condujera, del puesto de Cauri a la jefatura de Baños, al civil Luís Zevallos, a quien se le imputaba haber cometido incesto con su menor hija. Llegado a Baños, pidió al teniente jefe de línea llevar al civil Zevallos hasta La Unión, donde se le solicitaba, por tener que resolver problemas personales. Autorizado por el teniente para seguir camino hasta La Unión, se puso a beber licor en el camino con el civil Teodoro Saldívar Campos, escapando al día siguiente el detenido que conducía. Lastra había planeado asaltar al empleado del Banco de la Nación de Monzón, Leónidas Huaycán Ortega, en 1971 y en abril de 1973, persona

a la que conocía desde niño por ser su tío, primo hermano de su padre, quien solía llevar el dinero a los pueblos cercanos, personalmente, para el pago de los profesores y, de paso, visitar a su esposa que trabajaba en uno de esos lugares, circunstancias que eran conocidas por Lastra.

Gerardo Pinto Sulcahuamán, de otro lado, también conocía del manejo de armas de fuego, por haber prestado servicio en la Marina de Guerra del Perú, “como infante de artillería”, durante dos años. Había nacido en Cachora, Apurímac, el 20 de diciembre de 1935, de forma que, cuando cometió los delitos que se le imputaban, tenía algo más de 38 años y había procreado ocho hijos, conforme al memorial que en su favor suscribieron los vecinos de Cachicoto.

### Diligencias judiciales

El 21 de mayo de 1973 se abrió instrucción contra Alejandro Lastra Villanueva y Gerardo Pinto Sulcahuamán, “por los delitos de ataque a fuerza armada, homicidio y robo, en agravio del guardia civil Pedro Bazán Panduro, el civil Leónidas Huaytán Ortega y de la Nación, respectivamente.”

El juez de la causa era el mayor de la guardia civil Oscar A. Marino Ortega y el secretario el capitán CJ- GC Luis F. Plaza Meyer. Realizadas las investigaciones judiciales, el juez emitió el informe final correspondiente, afirmando, entre otras cuestiones:

a. Está probado que el guardia civil (CD) Alejandro Lastra Villavicencio y el civil Gerardo Pinto Sulcahuamán, después de ponerse de acuerdo y realizar los preparativos correspondientes, el 16 de mayo de 1973, entre las 12.30 y las 13.00 horas, en el lugar denominado “Mono Puncu”, victimaron al

guardia civil Pedro Bazán Panduro y al civil Leónidas Huaytán Ortega, jefe de la oficina distrital de Monzón del Banco de la Nación, en circunstancias en que ambos se dirigían, trasladando caudales, de la localidad de Monzón a Tantamayo y Araucay, por la suma de 259,500.soles y 45 centavos, para el pago de profesores;

- b. Lastra intentó robar caudales en 1971 y abril de 1973, sin conseguirlo;
- c. Ambos sabían usar armas, por ser uno marino y el otro guardia civil;
- d. Se repartieron el dinero a 120,000.00 soles cada uno, escondiéndolo en una caja que fabricaron, enterrándolo en el piso de la casa, en el fundo “La esperanza”;
- e. “Está probado, por los peritajes balísticos, análisis biológicos y protocolos de autopsia, que la causa de la muerte de las víctimas se debió a las heridas que les causaron los proyectiles disparados por la escopeta para perdigones marca Eibar, calibre 16 y por los golpes de culata de la escopeta marca Chauge Cho Hebore, calibre 20, que usaron Lastra y Pinto, respectivamente”;
- f. Los proyectiles en los cuerpos de Bazán y Huaytán, corresponden a la escopeta marca Eibar, calibre 16, usado por Lastra.
- g. Lastra y Pinto resultan responsables de los delitos de ataque a Fuerza Armada, homicidio y robo, en agravio del guardia civil Pedro Bazán Panduro, el civil Leónidas Huaytán Ortega y el Estado (Banco de la Nación).

El 16 de julio de 1973, el Auditor de la Segunda Zona Judicial de Policía opinó

porque se acumule a esta causa la seguida contra Lastra Villavicencio por los delitos de abandono de servicio, evasión de presos y hurto (Causa N° 473- 322- 11), que se hallaba en la Zona Judicial de Aeronáutica, pendiente de juzgamiento. El Consejo de Guerra Permanente de la Segunda Zona Judicial de Policía así lo hizo.

### **Acusación fiscal**

El fiscal se abstuvo de acusar a Lastra Villavicencio por el delito de hurto, pero lo hizo por el delito de ataque a Fuerza Armada, con muerte del guardia civil Pedro Bazán Panduro, y como autor del delito de homicidio del civil Leónidas Huaytán Ortega, previstos en los artículos 127° del Código de Justicia Militar y 239° del Código Penal, modificados por el Decreto – Ley N° 19910, de 30 de enero de 1973, penados con muerte, con las agravantes de robo, previsto en el artículo 238° del Código Penal y los delitos de abandono de servicio y evasión de presos, previstos en los artículos 216° y 269°, inc., a, del Código de Justicia Militar, respectivamente.

Acusó a Gerardo Pinto Sulcahuamán por los delitos de ataque a Fuerza Armada con muerte del guardia civil Pedro Bazán Panduro y homicidio en agravio del civil Leónidas Huaytán Ortega, con la agravante de robo. Pidió “se aplique la pena de muerte a los dos acusados..., que se ejecutará conforme a los dispositivos 683° a 689° del Código de Justicia Militar.” Solicitó se fije en 50,000.00 soles la reparación civil que los acusados deberán pagar, por cada víctima, a favor de sus herederos legales; asimismo, pidió cayeran en comiso las dos escopetas con las que se cometieron los crímenes y se remitiese estas a la Dirección de los Servicios de Armamento y Munición; el cuchillo

y el revólver “Rossi” debían ser devueltos a los herederos del guardia Bazán y el revólver marca “Gecado” a los herederos de Huaycán. Firma la acusación el fiscal V. Alfredo Indacochea, el 14 de setiembre de 1973.

### **Argumentos de los defensores**

Augusto C. Tambini del Valle fue el defensor de Gerardo Pinto Sulcahuamán. Su argumento de defensa se basaba en que Pinto se había negado a disparar, porque el acuerdo que tenían con Lastra era “asaltar sin hacer daño”. Refirió, también, que si Gerardo Pinto efectuó un disparo no fue con la intención de matar sino coaccionado por su coacusado Lastra, siendo un simple ejecutor de las órdenes de éste. El defensor de Lastra Villavicencio fue el doctor Mario Quito Vidal. Argumentó en contra de la pena de muerte; dijo: “El temor a la muerte no detiene a los proclives del delito. Si eso fuera así, “la solución del problema estaría dada hace mucho tiempo.” Solicitó rebajar la pena pedida por el fiscal.

### **Sentencia de primera instancia**

El 16 de noviembre de 1973, al medio día, se pronunció la sentencia de primera instancia. Luego de la audiencia que se llevó a cabo y votadas las cuestiones de hecho planteadas, se leyó la sentencia, cuyo fallo fue como sigue: “Falla: absolviendo al guardia civil en cesación definitiva Alejandro Lastra Villavicencio del delito de hurto que se le imputa, por improbable; condenándolo como autor del delito de ataque a fuerza armada, con muerte subsecuente, en agravio del guardia civil Pedro Bazán Panduro, con la agravante de los delitos de homicidio en agravio del civil Leónidas Huaytán Ortega,

de robo, abandono de servicio y evasión de presos, a la pena de muerte. Condenando, igualmente, al civil Gerardo Pinto Sulcahuamán, como autor del delito de ataque a fuerza armada, con muerte subsecuente en agravio del guardia Bazán Panduro, con la agravante de los delitos de homicidio en agravio del civil Huaytán Ortega y robo en agravio del Estado, a la pena de muerte, que se ejecutará conforme al Código de Justicia Militar, confirmada sea esta sentencia. Condenando a ambos sentenciados al pago de la suma de cincuenta mil soles, cada uno, en forma solidaria, a favor de los herederos legales de las víctimas.” Dispusieron, también, el destino de las armas, en la forma pedida por el fiscal. Firmaron la sentencia, como presidente del Consejo de Guerra Permanente, el coronel GC César Morón Espinoza; como vocales, los teniente coroneles GC Oscar Velit Ruvira y Carlos Arredondo Peñalva y como relator el mayor CJ-GC Rizal Bragagnini Aguirre.

### **Ejecutoria del Consejo Supremo de Justicia Militar**

El 28 de noviembre de 1973 se emitió la ejecutoria suprema, en la que el Consejo Supremo de Justicia Militar confirmó, en todos sus extremos, la sentencia apelada.

### **Ejecución de sentencia**

Se fijó el 29 de noviembre de 1973, a horas 6.00, como fecha para la ejecución de la pena de muerte, siguiendo las pautas del artículo 683° y siguientes del Código de Justicia Militar. Lastra pidió auxilio religioso, que se le otorgó, más no testó, por no tener bienes muebles o inmuebles que disponer. Pinto, pidió también auxilio religioso y testó.

El día y hora señalados se cumplió la ejecución de la pena de muerte, a cargo de dos piquetes de la Guardia Republicana, en la “isla penal EL Frontón”. El juez ejecutor de la sentencia fue el teniente coronel GC Manasés Edmundo Moreno Odicio, del Tercer Juzgado Permanente de la Segunda Zona Judicial de Policía, teniendo como secretario al capitán CJ GC José Carreño Carrillo. Los peritos que certificaron la muerte de los condenados fueron los doctores Nazario Basurto Sánchez y Oscar Luna Vertiz. Los peritos dactilográficos que estuvieron presentes fueron el comisario primero Fernando Zevallos Palao y el comisario segundo Rafael Zárate Flores. El fotógrafo fue el técnico de segunda PIP Carlos Glave Revilla y los capellanes Juan José Arrasco Canovio y Mario Azaña Sánchez. El pago de la reparación civil quedó pendiente, por la imposibilidad material de los deudos de los fusilados.

Joselin Mercedes Barba Chávez<sup>1</sup>

## OBSERVANCIAS AL PRINCIPIO DE DEBIDO PROCESO EN ATENCIÓN A LA DOBLE COMPETENCIA DEL FUERO COMÚN Y FUERO MILITAR POLICIAL

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA; III. ESTADO DEL CONOCIMIENTO SOBRE EL TEMA; IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES; Y V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### RESUMEN

En los países latinoamericanos, la regulación y el funcionamiento de los sistemas de justicia militar son una de las cuestiones que requieren reformas, para garantizar que su diseño respete los derechos constitucionales, los principios que rigen el funcionamiento judicial y los valores democráticos.

Como es sabido, estos derechos fundamentales no solo están reconocidos en la Constitución Política del Perú, sino también en instrumentos internacionales. Uno de estos derechos fundamentales es el debido proceso, el cual es muy importante para quienes participan en investigaciones o procesos judiciales, que imponen sanciones penales.

En el Perú, la justicia militar juega un papel fundamental en el mantenimiento del orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas, por lo que a lo largo de este artículo se explorarán las razones fundamentales que respaldan la necesidad de contar con un sistema de justicia militar sólido y efectivo en el país.

---

1 Oficial de la Marina de Guerra del Perú, abogada.

En este contexto, el propósito de este trabajo es analizar cómo se maneja la competencia entre la jurisdicción común y la jurisdicción militar, en investigaciones penales donde están involucrados personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, para determinar violaciones a derechos fundamentales ocurren y, en concreto, del debido proceso.

**PALABRAS CLAVE:** Jurisdicción, Fuero Militar Policial, Derecho Penal, debido proceso, ne bis in ídem.

## ABSTRACT

*In Latin American countries, the regulation and operation of military justice systems are one of the issues that require reforms, to ensure that their design respects constitutional rights, the principles that govern judicial operation and democratic values.*

*As is known, these fundamental rights are not only recognized in the Political Constitution of Peru, but also in international instruments. One of these fundamental rights is due process, which is very important for those who participate in investigations or judicial processes, which impose criminal sanctions.*

*In Peru, military justice plays a fundamental role in maintaining order and discipline in the Armed Forces, so throughout this article the fundamental reasons that support the need to have a military justice system will be explored. solid and effective in the country.*

*In this context, the purpose of this work is to analyze how the competition between the common jurisdiction and the military jurisdiction is handled, in criminal investigations where personnel from the Armed Forces and the National Police are involved, to determine violations of fundamental rights occur and, specifically, due process*

**KEYWORDS:** Jurisdiction, Military Police Jurisdiction, Criminal Law, due process, ne bis in ídem.

## I. INTRODUCCIÓN

La justicia militar ha conseguido un fuerte arraigo en el ordenamiento jurídico, en parte porque históricamente el poder militar ha estado presente directa o indirectamente en el gobierno. Siendo que, la justicia castrense ha sido concebida como una extensión del poder de mando militar y policial, aun cuando explícitamente se haya reconocido que “los Tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas la Moralidad, el Orden y la Disciplina”.<sup>2</sup>

La Constitución Política del Perú de 1993, actualmente vigente, establece en su artículo 139, Inciso 1°, Los principios y los derechos de la función jurisdiccional, entre los cuales se señala la unidad y la exclusividad, destacando al respecto que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la Jurisdicción Militar y la Jurisdicción Arbitral y que no hay proceso judicial por comisión o delegación.

2 Artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1980.

En ese sentido, los Tribunales Militares tienen vigencia por mandato constitucional y constituyen un alto organismo de los Institutos Armados, para el ejercicio de la función judicial respecto de los delitos y faltas sometidos a su jurisdicción privativa y cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional del Perú.

El Fuero Militar Policial, previsto en el artículo 173 de la Constitución Política del Perú, es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial; es competente únicamente para juzgar los delitos de función.

Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N°1094) y son imputables, solo y únicamente, a militares y policías en situación de actividad.

En ese sentido, la vigencia de un debido proceso constituye pieza clave para una tutela jurisdiccional efectiva, de quienes se encuentran bajo la competencia de los Tribunales Militares. Consecuentemente, la dimensión del debido proceso exige que todos los actos a desarrollarse en el proceso, del cual no es la excepción el proceso de la justicia militar-policial, observen reglas y contenidos de razonabilidad, para que al final, la decisión o resolución que se emita sobre el caso, sea justa, no sólo para los justiciables, sino para el ordenamiento jurídico y la sociedad en su conjunto.

Hay ilícitos que están tipificados en la norma penal común y también en la militar y, en ambas, va ser objeto de sanción, esto genera que exista una doble competencia. En ese sentido, la Constitución regula una serie de garantías procesales para aquel personal militar o policial que se encuentra

inmerso en una investigación, en cualquiera de sus etapas o procesos, cuando se denuncia a un servidor o funcionario público, donde la institución encargada de investigar, analizar, y sancionar a este tipo de funcionarios, tiene que respetar los principios que integran el debido proceso.

Sin embargo, el problema de la doble competencia surge cuando hay una invasión de las jurisdicciones, delitos comunes que son juzgados en un fuero que claramente fue delimitado para los casos de delitos de función y casos referidos a delitos regulados en la normatividad castrense, que son procesados en el fuero común, a pesar de las limitaciones que señala la ley. Faltan criterios que precisar porque esta invasión de competencias no es aislada, al contrario, viene ocurriendo seguido. Esta controversia ha sido objeto de amplio debate, se han pronunciado tanto la Corte Suprema y el máximo intérprete de la Constitución, pero los casos se siguen presentando y, lo que es peor, se vulneran los derechos fundamentales.

En ese sentido el objetivo principal de la presente investigación es: analizar y determinar si la doble competencia del fuero común y fuero militar policial vulnera el debido proceso de los policías y militares y proponer medidas para su fortalecimiento.

## II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

La Constitución peruana establece los principios rectores que los distintos órganos de gobierno y de jurisdicción deben respetar y salvaguardar; es decir, los llamados derechos fundamentales. Siendo que, estos derechos son particularmente relevantes, tal como señala López (2021). La razón es que “*estos derechos están protegidos*

*por garantías procesales que pueden ser invocadas antes de la aplicación de la justicia”* (p. 12).

Además, la Constitución Política del Perú de 1993, prescribe que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional se encuentran sometidos al Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuando cometen delitos de función.

Es así que el Fuero Militar Policial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139, numeral 1), de nuestra Constitución Política, constituye una jurisdicción excepcional e independiente del Poder Judicial, cuya competencia comprende exclusivamente el ámbito penal militar y policial, cuando militares y policías, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, cometan algún delito previsto en el Código Penal Militar.

En ese sentido, el Fuero Militar Policial se debe sujetar a los principios y garantías de la función jurisdiccional y al pleno respeto de los derechos fundamentales del personal militar y policial en situación de actividad, siendo los jueces quienes tienen la tarea principal de tutelar esos derechos y las garantías mínimas de todos los sujetos involucrados en las investigaciones y procedimientos dentro del proceso penal militar policial.

El garantismo procesal, la teoría defendida por Luigi Ferrajoli, tiene su fundamento en la prevalencia de la jerarquía constitucional. El Estado tendrá el rol tutelar de salvaguardar los derechos del justiciable, evitando su vulneración y cuidando con rigor que el mismo Estado, en cualquiera de sus jurisdicciones, se desenvuelva acorde a dichos mandatos. Por ello el Derecho Procesal ha regulado una serie de instituciones procesales para evitar la presencia de este tipo de vulneraciones. Una norma rectora

trascendental, que tiene en su contexto otra serie de normas de igual magnitud, es el debido proceso, que se aplica en toda disciplina, donde una persona sea investigada y tenga que recibir una sanción, ya sea esta punitiva, civil o administrativa.

Las normas castrenses, se han desarrollado en correlación y concordancia con los preceptos constitucionales, y cuando se ha presentado alguna duda, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado declarando inconstitucional determinado dispositivo que vulnera derechos fundamentales.

En el artículo 173 de la Constitución, se ha precisado en forma concreta, que cuando un efectivo policial o militar es autor de un delito de función, estará sometido al Fuero Militar Policial. La Constitución es clara y precisa cuando señala que ello no es aplicado a los civiles, a excepción de los delitos de Terrorismo y Traición a la patria. La doctrina, la jurisprudencia nacional como comparada y la legislación han precisado que los delitos de función solo se cometen en situación de actividad.

Sin embargo, en la realidad, se presentan otras situaciones que ya han sido materia de debate por diferentes autores, y el único perjudicado es el efectivo policial o el militar que está siendo procesado en el fuero común y también es objeto de un proceso en el Fuero Militar Policial, una judicatura especial que aplica la legislación castrense en forma rigurosa, y con sanciones que buscan ser ejemplares, no dejando ninguna duda de la nueva posición que han adoptado algunos miembros del Tribunal Militar Policial.

Asimismo, se ha evidenciado otro tipo de problemas, que podría decirse que llega a causar el mismo perjuicio o hasta mayores consecuencias que las falencias o los

comportamientos que se le ha cuestionado en las décadas anteriores, como es la arbitrariedad, el rigor de aplicación de las normas, sobre todo la observancia del incumplimiento de los principios que componen el debido proceso.

La afirmación que se hace es por el desenvolvimiento en el que hacer privativo militar, donde se ha advertido que tenemos un Tribunal Militar Policial, conocedor de la norma castrense, ético, y transparente, y con el espíritu de aplicar la legislación en forma rigurosa para dar un ejemplo a todos los que pertenecen a dichas instituciones; pero, en esta búsqueda de dar ejemplo y mantener la integridad de las instituciones castrenses y de la Policía Nacional, incurre en una serie de vulneraciones de derechos fundamentales, como es el caso de un efectivo militar o policial que ya está siendo objeto de investigación en la justicia ordinaria y el Fuero Militar Policial activa su aparato jurisdiccional para sancionarlo, aun cuando está demostrado que la conducta o comportamiento imputado la ha realizado fuera de servicio como militar o como policía; también se advierten casos en los cuales los justiciables, para evadir la justicia castrense, plantean contiendas de competencias como estrategia para evadir la justicia privativa, quedando a expensas de lo que resuelva la Corte Suprema.

En consecuencia, nuestra situación problemática se centra en la imperiosa necesidad de contar con un sistema de justicia militar efectivo, considerando que las fuerzas armadas desempeñan un papel fundamental en la seguridad y defensa del país, siendo necesario asegurar la mantención del orden y la disciplina en su interior. Sin embargo, a lo largo de los años se han presentado deficiencias en cuanto a la aplicación de la justicia, a la dualidad de jurisdicción

y la investigación de delitos militares. Esto ha llevado a situaciones de vulneración del principio del debido proceso y muchas veces del *ne bis in ídem*.

### **III. ESTADO DEL CONOCIMIENTO SOBRE EL TEMA**

#### **III.1. Antecedentes nacionales**

ALCA (2022), en su tesis titulada: “La doble competencia del fuero común y fuero militar policial y la vulneración del debido proceso”, concluye que “la existencia de dos procesos penales paralelos cuando son iniciados e investigados, sin hacer una correcta identificación de los bienes jurídicos, genera una vulneración de derechos fundamentales ya que se advierten casos tanto en la esfera común como en la militar policial, que por instancia del recurrente logra que uno subsuma a otro cuando se realiza una correcta identificación de bienes jurídicos tutelados, esta es una realidad, que tiene antecedentes, desde hace décadas, que hoy en día se hacen más evidentes, ya sea por la difusión del derecho militar-policial, la defensa de sus derechos con mayor ahínco y tesón que hacen los militares y los policías, lo cierto es que cada vez se evidencia que en el fuero común y militar policial, se cometen excesos, se vulneran principios y sobre todo no se cumple con el compromiso del Estado peruano ante los organismos internacionales de tutelar los derechos fundamentales”.

JIMENEZ (2018), en su tesis titulada: “Necesidad de adecuar la ley penal y procesal penal militar a la constitución política del Estado a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el fuero común y el militar”, concluye que “el ordenamiento legal del país, ha previsto en la Constitución, como en los ordenamientos

sustantivos del Código Penal y del Código de Justicia Militar, que nadie puede ser juzgado ni sancionado por un hecho que no esté expresamente calificado en la Ley como delito, prohibiéndose en el Código Penal el uso de la analogía para subsumir en tipos penales conductas que no encuadren o no estén expresamente consideradas en la Ley como delito, por ello, queda evidenciado, a nivel teórico que, las conductas atípicas de militares y policías no pueden ser subsumidas como delitos de función. De lo expuesto, resulta evidente que todo acto fuera de este contexto conceptual y legal, no corresponde a la función militar o policial y, constituye un ilícito penal común, no pudiendo calificarse cualquier acto del funcionario militar o policial como acto de servicio, si éste no tiene vinculación interna con la naturaleza y alcances de la función castrense, ni con la finalidad que la Ley le ha señalado a la Institución.”

### III.2. Antecedentes internacionales

Rial (2010) en su compilación jurídica titulada: “La justicia militar: Entre la reforma y la permanencia”, concluye que las dificultades para garantizar el debido proceso, en la medida en que el sistema de justicia militar presenta tendencias a funcionar con problemas de arbitrariedad relacionados con la verticalidad de la institución militar, notorias.

### IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La Constitución de 1993 reconoce la jurisdicción militar como independiente del Poder Judicial, existiendo vacíos legales respecto a los puntos de conexión con la justicia común. Esto ha traído problemas graves de definición de competencias en casos concretos. Toda vez que la jurisdicción militar se aplicaba al personal policial o militar que comete delitos de función.
- La Constitución de 1993 preceptúa la posibilidad del juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares, para los delitos de Terrorismo y Traición a la Patria. El retorno a la institucionalidad democrática ha traído consigo la necesidad de replantear las funciones y tareas asignadas a las FF AA en su conjunto, y dentro de ellas se incluye las competencias de sus tribunales de justicia.
- De acuerdo con la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (Ley N° 29182), el Fuero Militar Policial (FMP) “es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial”. Asimismo, es competente “únicamente para juzgar los delitos de función”.
- El FMP tiene uno de sus fundamentos en el capítulo VIII de la Constitución Política del Perú, referido al Poder Judicial. En el artículo 139 de la Carta Magna se indica que la función jurisdiccional (es decir, judicial) es única y exclusiva, y que no puede existir otra jurisdicción independiente “con excepción de la militar y la arbitral”.
- De manera específica, el artículo 173 de la Constitución establece que “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”.
- El Tribunal Constitucional, ha establecido para que se configure un delito de

- función no basta con que la conducta prohibida sea realizada por efectivos militares en actividad y en acto del servicio o con ocasión de él, sino principalmente que tal conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses.
- En resumen, el Fuero Militar Policial es una jurisdicción que solo aplica a miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional por actos tipificados de manera expresa en el Código de Justicia Militar Policial, considerados delitos de función.
  - El Tribunal Constitucional ha establecido jurisprudencia en varios casos en el sentido de que esta categoría es restringida y no comprende derechos fundamentales como la vida o la integridad física, entre otros. Los delitos contra estos derechos deben ser juzgados por tribunales civiles, que la Constitución Política ha establecido como un sistema único y exclusivo para hacer justicia en el Perú.
  - El efectivo policial y militar, en muchos casos, se ve en dos procesos, a pesar de poner en conocimiento a la autoridad del fuero común la situación que viene atravesando la comisión de los delitos de función, la investigación es importante y trascendental, desde ya es compleja porque el sujeto procesal es un servidor público, que esta investido de ciertas facultades, que ejerce una función represora, o cumple con el mandato judicial de medidas de coerción personal o real, y muchas veces denunciarlo, justamente en su institución, genera desconfianza, es la investigación, la que va determinar la inocencia o culpabilidad de dicho servidor público. De dicha resolución se va a determinar muchas veces su baja, los días de arresto entre otros. La investigación en el ámbito policial, como bien lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, tiene que respetar los parámetros del debido proceso.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUTISTA, J. (2014) “El derecho fundamental del acceso a la justicia y las barreras de acceso en poblaciones urbanas pobres en el Perú”, Tesis PUCP, Pág. 30 párrafo 3. Lima (<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36883.pdf>)
- BRAMONT ARIAS, Luis; y García Cantizano, María, Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Lima: Editorial San Marcos, 1996.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Bibliografía Omeba, 1979
- Defensoría del Pueblo, Lineamientos para la Reforma de la Justicia Militar en el Perú, Lima: Serie Informes Defensoriales, 1998
- JIMÉNEZ CARRANZA, Flavio Enrique, Necesidad de adecuar la ley penal y procesal penal militar a la constitución política del Estado a fin de evitar innecesarias contiendas de competencia entre el fuero común y el militar.

Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Facultad de Derecho, 2018.  
Tesis para obtener el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales.

Ministerio de Defensa, Proyecto del Código de Justicia Militar. Lima: Diario Oficial El Peruano, 01 de julio de 2001.

MÜLLER, E. (2021) Manual del Código Penal Militar Policial

MUSSO LOPEZ, Mirtha Helenina, La jurisdicción militar y el delito de función en el Derecho Penal-Militar peruano. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Facultad de Derecho, 2006. Tesis para obtener el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal Militar.

Separata Especial Ministerio del Interior, Proyecto de Bases de Reforma Policial. Lima: Diario Oficial El Peruano, 22 de julio de 2001. Separata Especial

TICONA, V. (2005) Comentarios al Código Procesal Civil Lima Ediciones Jurídicas.

Jyon Frankie Jimenez Alvarez<sup>1</sup>

## EL DELITO DE DESOBEDIENCIA MILITAR POLICIAL DESDE LA JURISPRUDENCIA

**SUMARIO:** I INTRODUCCIÓN; II LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA; III EXEGESIS DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA EN EL ÁMBITO PENAL MILITAR POLICIAL; IV LOS DELITOS DE RESULTADO Y DE PELIGRO COMO DISTINCIÓN DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA; Y V CONCLUSIONES.

### RESUMEN

El autor analiza el delito de desobediencia militar policial desde la jurisprudencia, formulando un breve tópico, que tiene como propósito brindar un panorama general sobre el tema y destacar la importancia de analizar la desobediencia militar policial desde una perspectiva jurisprudencial. Ello debido a haber percibido un entendimiento difuso en el análisis del delito de desobediencia que se confunde con los delitos de omisión impropia.

De forma preliminar es necesario que se aborde los delitos de omisión, y su diferencia con los delitos de omisión impropia, denominados por la dogmática penal como comisión por omisión. El Código Penal Militar y Policial previsto en el Decreto Legislativo N° 1094, resalta que el delito de desobediencia es un tipo penal especial de infracción del deber, pero que tiene naturaleza omisiva, por ello este trabajo tiene ese propósito

---

1 Abogado por la Universidad San Martín de Porres y Docente universitario. Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

de analizar desde la jurisprudencia como debe categorizarse la desobediencia militar policial como protección de los bienes jurídicos institucionales más relevantes para el funcionamiento de cada Instituto.

El presente trabajo ha explorado, el tema del delito de desobediencia militar policial desde la perspectiva de la jurisprudencia, centrándose en el contexto peruano. A lo largo de este estudio, se ha abordado en detalle la naturaleza de este delito, su clasificación en el ámbito legal y jurisprudencial, así como su relación con otros conceptos clave, como los delitos de omisión propia e impropia, los delitos de resultado y de peligro.

## ABSTRACT

*The author analyzes the crime of police military disobedience from jurisprudence, formulating a brief topic, which aims to provide a general overview of the topic and highlight the importance of analyzing police military disobedience from a jurisprudential perspective. This is due to having perceived a diffuse understanding in the analysis of the crime of disobedience that is confused with the crimes of improper omission.*

*Preliminarily, it is necessary to address the crimes of omission, and their difference with the crimes of improper omission, called by criminal dogmatics as commission by omission. The Military and Police Penal Code provided for in Legislative Decree No. 1094, highlights that the crime of disobedience is a special criminal type of violation of duty, but that it has an omissive nature, therefore this work has the purpose of analyzing from jurisprudence as Police military disobedience must be categorized as protection of the most relevant institutional legal assets for the functioning of each Institute.*

*This work has explored the topic of the crime of police military disobedience from the perspective of jurisprudence, focusing on the Peruvian context. Throughout this study, the nature of this crime, its classification in the legal and jurisprudential field, as well as its relationship with other key concepts, such as crimes of proper and improper omission, crimes of result and the dangerous.*

## I INTRODUCCIÓN

La desobediencia militar policial es un tema de profundo interés en el ámbito legal, que ha suscitado un debate constante en la comunidad jurídica a nivel mundial. A lo largo de la historia, ha habido numerosos casos y situaciones en los cuales la desobediencia dentro de las instituciones militares y policiales ha dado lugar a complejas cuestiones legales. La jurisprudencia, en este contexto, ha desempeñado un papel fundamental al definir y aclarar los límites y las consecuencias de la desobediencia militar policial.

Existe mucha confusión sobre la naturaleza del tipo penal respecto a la acción comisiva u omissiva, dado que el texto legal, del Código Penal Militar Policial, no resulta muy claro, en su definición por cuanto este pretendería condicionar su tipicidad a un atentado contra el servicio, situación que plantea dificultades en su tratamiento sobre si se trata de un delito de omisión simple o impropio.

Por ello, este breve tópico, tiene como propósito brindar un panorama general sobre el tema y destacar la importancia de analizar la desobediencia militar policial desde una perspectiva jurisprudencial. Aunque el autor de esta investigación no se encuentra limitado geográficamente, se abordará el tema de manera global, reconociendo que

este tipo de conducta resulta ser recurrente en el ámbito de la FFAA y PNP y que además su tipificación trasciende las fronteras nacionales.

La desobediencia militar policial no solo afecta a las instituciones militares y policiales en sí, sino que también tiene implicaciones en la seguridad y el orden público de una sociedad. Por lo tanto, comprender cómo la jurisprudencia ha abordado este tema a lo largo del tiempo es esencial para garantizar un análisis completo y una interpretación precisa de la ley.

La jurisprudencia en el contexto peruano ha desempeñado un papel crucial al definir y aclarar los límites y las consecuencias de la desobediencia militar policial, lo que a su vez ha impactado en la toma de decisiones legales y en la aplicación de la ley en situaciones reales. A través de esta investigación, se pretende explorar y analizar casos y decisiones judiciales relevantes en Perú que han contribuido a la definición y la interpretación de este delito.

A través de esta investigación, se buscará explorar y analizar casos y decisiones judiciales relevantes que han ayudado a definir el delito de desobediencia militar policial y a sentar precedentes legales. Esto contribuirá al entendimiento más profundo de un tema que afecta a las instituciones encargadas de mantener la paz y el orden en todo el mundo.

## II LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA

Los delitos de omisión, ya sea propia o impropia, representan una categoría importante en el campo del derecho penal. Estos delitos se centran en la falta de acción o la omisión de un deber que, en determinadas

circunstancias, puede ser penalmente relevante.

Los delitos de omisión propia son una categoría importante dentro del derecho penal que se centra en la responsabilidad penal derivada de la falta de acción. En otras palabras, estos delitos no se relacionan con acciones que alguien haya llevado a cabo de forma activa, sino más bien con la falta de acción cuando existía un deber legal de actuar (Vegas, 2022). Esta omisión de acción puede ser tan relevante desde una perspectiva legal como la acción positiva, y su estudio es esencial para comprender la complejidad de la justicia penal.

Al respecto, debemos precisar que el Delito de Desobediencia en el Código Penal Militar y Policial previsto el Decreto Legislativo N° 1094, resulta ser un tipo penal especial de infracción del deber, debido a que solo cualifica como autores a todo miembro de las FFAA y PNP, dentro de un contexto de infracción de deber especial y no necesariamente especialísimo como ocurre cuando se tipifican los delitos de corrupción de funcionarios cometidos contra la administración pública por ejemplo. (Bohorquez G., 2022).

Para determinar lo señalado en el párrafo precedente, también existe deberes generales que pueden ser cometidos por un deber general señalado en la Ley, un ejemplo ilustrativo de un delito de omisión propia es la omisión de proporcionar ayuda a una persona en peligro cuando se tiene la obligación legal de hacerlo. En esta situación, la persona se encuentra en una posición en la que podría prevenir un daño o salvar una vida, pero opta por no hacerlo (Landio, 2023). Este acto de no hacer, en circunstancias específicas, puede constituir un delito penal. La base de este tipo de

delito se centra en la noción de que la sociedad y la ley imponen un deber moral y legal de ayudar a aquellos que se encuentran en peligro, y la omisión de cumplir con este deber puede llevar a consecuencias legales.

Los delitos de omisión propia plantean cuestiones éticas y legales complejas, ya que desafían la tradicional concepción del delito como una acción positiva. La omisión en sí misma puede ser tan dañina como la acción, y la ley reconoce este principio al castigar a quienes incumplen sus deberes legales de no hacer. Estos delitos de manera general, buscan proteger la vida, la seguridad y el bienestar de las personas, alentando a los ciudadanos a cumplir con sus responsabilidades morales y legales, empero en el ámbito Militar Policial buscan proteger los bienes jurídicos institucionales más relevantes para el funcionamiento de cada Instituto.

Los delitos de omisión impropia, a diferencia de los de omisión propia, presentan una dinámica legal y ética única que se basa en la violación de un deber preexistente. En estos casos, la responsabilidad penal no solo se deriva de la falta de acción en sí misma, sino que además de la inacción dolosa en cumplir un deber específico de actuar, el cual está vinculado a una relación especial o a una posición de responsabilidad (Arévalo, 2022).

En el análisis del delito de desobediencia, suele confundirse con los delitos de comisión por omisión, que también esta regulado en el Código Penal Militar y policial, ya que en este tipo penal se señala que la omisión de los deberes de función militar o policial por razón del cargo o función, siempre que el no evitarla equivalga, según el texto de la ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer será penada en

forma atenuada. De ello se desprende, que para que un militar o policía sea responsabilizado por un delito comisivo, debe haber omitido no solo de forma dolosa, sino que ese dolo debe abarcar también el conocimiento y voluntad del resultado que se originaría con dicha omisión, lo que determinaría que se responsabilice como autor del delito de resultado o de peligro que le fuere atribuible.

Los delitos de omisión impropia, denominados también comisión por omisión, son tipos penales, que consideran como sujeto activo, a la persona que ostenta una calidad de garante, esto en el caso del Militar o Policía, que se encuentra en un contexto de riesgo y omite un deber jurídico específico de evitar un resultado lesivo o de peligro frente a un bien jurídico protegido. Esto es lo que se desprende del acotado Código Penal Militar Policial en el artículo 9º, y que en dicho contexto no cabe, por lo que menos desde mi punto de vista, que se atribuya esta figura penal a los delitos de desobediencia, ya que al tener conocimiento del resultado, se le imputara el delito comisivo como si él mismo hubiera ejecutado la conducta punible.

Esta categoría de delitos se centra en la idea de que ciertas personas tienen la obligación legal de actuar en ciertas situaciones debido a una relación especial o a una posición de autoridad y deber de garante de evitar un resultado lesivo. Un ejemplo es el deber de un padre de cuidar y proteger a su hijo (Casulleras, 2017). En este caso, si un padre no alimenta a su hijo menor como parte de su responsabilidad podría ser considerado responsable penalmente por omisión impropia, ya que tenía el deber de proteger la vida de su hijo en virtud de la relación paterno-filial.

Los delitos de omisión impropia ponen de manifiesto la importancia de las relaciones y posiciones especiales en la sociedad, y cómo estas generan deberes legales y éticos claros (Otálvaro y Rochel, 2020). La ley establece que, en estas circunstancias, la falta de acción es tan relevante como la acción positiva, y la omisión de cumplir con un deber preexistente puede dar lugar a sanciones legales.

En conclusión, los delitos de omisión impropia se relacionan con inacción en cumplir con un deber específico de actuar que surge de una relación especial o una posición de autoridad. Estos delitos ilustran la importancia de las relaciones y deberes especiales en el campo del derecho penal, destacando la necesidad de proteger a las personas vulnerables y garantizar que aquellos con responsabilidades particulares cumplan con sus obligaciones legales y éticas. En el ámbito Militar Policial buscan proteger los bienes jurídicos institucionales más relevantes para el funcionamiento de cada Instituto.

### III EXEGESIS DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA EN EL ÁMBITO PENAL MILITAR POLICIAL

La exégesis del delito de desobediencia en el marco del derecho penal militar policial se enfoca en analizar y comprender en detalle esta figura legal y sus implicaciones específicas dentro de las fuerzas armadas y la policía en el Perú. A continuación, se proporciona una explicación más profunda de este delito en ese contexto.

El delito de desobediencia en el ámbito del derecho penal militar policial peruano, se refiere a la falta de acatamiento de las órdenes legítimas dadas por superiores

o mandos dentro de las fuerzas armadas y la policía. Este delito está regulado en el artículo 117° del Código Penal Militar Policial, que establece las normas y sanciones específicas aplicables a los miembros de las fuerzas armadas y la policía en el país (Alga, 2021).

Como premisa, debemos abordar que prescribe el Código Penal Militar Policial. En este código se define como delito de desobediencia la omisión intencional de las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, siempre que atente contra el servicio.

La Jurisprudencia en el ámbito del Fuero Militar Policial de carácter uniforme sostiene que el tipo penal de Desobediencia, se configura por la omisión intencional de disposiciones que norman funciones de las FFAA y/o PNP y el atentado contra el servicio, ahora bien sobre el presupuesto referido a la omisión intencional de las disposiciones que norman las funciones de las FFAA y/o PNP. En ese contexto, el Delito de Desobediencia, es un delito de función cuyo bien jurídico protegido es la Integridad Institucional que requiere que sus miembros cumplan su normatividad institucional para un adecuado funcionamiento, cuyos roles funcionales se encuentran previstos en la normas extrapenales generales o específicas, como mecanismo de límites y/o parámetros de taxatividad. Expedientes. SSG/FMP Expediente: 0002-2020-00-00; Expediente: 0013 - 2019-00-00 y Expediente: 0001-2018-00-00.

Del mismo modo, en estas resoluciones se señala que un tercer presupuesto requiere obligatoriamente se atente contra el servicio definido como el acto de cumplir

una persona o una unidad, una función específica de acuerdo a lo estipulado por los reglamentos correspondientes. (DICCIONARIO DE TERMINOS MILITARES – 2004), y que dicha afectación viene a ser la puesta en peligro de las funciones de las FFAA PNP no requiriendo la lesión material del bien jurídico.

La desobediencia militar policial, en este contexto, puede involucrar acciones como la negativa a cumplir órdenes, la insubordinación, o la resistencia a acatar las instrucciones dadas por superiores jerárquicos. Se trata de un delito que se enfoca en la importancia de la disciplina y la jerarquía dentro de estas instituciones, ya que la obediencia a las órdenes es fundamental para su funcionamiento eficaz que esta relacionado con la preservación de la seguridad, orden público y orden interno finalidad de la Policía y en la Defensa Nacional como finalidad de las Fuerzas Armadas. (Vega y Arboleda, 2021)

La exégesis de este delito implica un análisis detallado de la legislación peruana relacionada con la justicia militar, así como de la jurisprudencia y la doctrina que se han desarrollado en el país en torno a la desobediencia militar policial. En este proceso, se exploran casos específicos, decisiones judiciales relevantes y discusiones legales que han dado forma a la interpretación y la aplicación de esta figura en el Perú.

Es importante destacar que la desobediencia militar policial puede tener sanciones específicas y consecuencias legales, que varían según la gravedad del acto de desobediencia y su impacto en la disciplina institucional. Este delito se encuentra dentro de un contexto legal y jurisprudencial específico, que busca mantener y garantizar

la integridad institucional de las fuerzas armadas y la policía en el Perú.

La exégesis del delito de desobediencia en el marco del derecho penal militar policial peruano implica un análisis minucioso de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina relacionadas con esta figura legal, con el propósito de comprender en profundidad sus alcances y su importancia en el contexto de las fuerzas armadas y la policía en el Perú (Guevara, 2016).

#### **IV LOS DELITOS DE RESULTADO Y DE PELIGRO COMO DISTINCIÓN DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA**

La distinción entre delitos de resultado y delitos de peligro como signo distintivo del delito de desobediencia es fundamental para comprender la naturaleza y los elementos esenciales de este tipo penal. A continuación, se explica esta distinción y se relaciona con el delito de desobediencia:

##### **- Delitos de Resultado:**

Los delitos de resultado son una categoría fundamental en el campo del derecho penal que requieren una atención detenida debido a su naturaleza intrínseca de centrarse en el resultado concreto que se deriva de la conducta delictiva (Cusihuaman, 2021). En estos casos, es esencial que un resultado específico se haya producido como resultado directo de la acción del autor para que se considere que se ha cometido un delito. Este enfoque se basa en el principio de que el daño o el perjuicio efectivo, es consecuencia de la conducta delictiva, y ello es lo que califica la acción como delito.

En el contexto militar y policial, la aplicabilidad de los delitos de resultado se hace evidente cuando se consideran situaciones

en las que la desobediencia a órdenes o instrucciones legales ha llevado a un perjuicio concreto y evidente. Por ejemplo, si un miembro de las fuerzas armadas o de la policía desobedece una orden específica, pese a tener la obligación funcional reglada y omite dicha obligación, ese hecho es constitutivo de delito de peligro y no necesita de resultado material para su configuración, empero, existen en el Código Penal Militar otros tipos penales de resultado.

Un escenario ilustrativo sería un oficial de policía que recibe una orden clara de mantener el control en una manifestación pública y, sin embargo, decide no seguirla. Como resultado de su desobediencia, se desencadena un enfrentamiento violento entre manifestantes y fuerzas de seguridad, lo que resulta en lesiones graves (Montano, 2017). En esta situación, se ha producido un daño concreto y evidente como resultado directo de la desobediencia del oficial, pero lo que califica como conducta antijurídica es la mera omisión funcional sin que ello, se considere como delito de resultado.

La relevancia de esta distinción radica en que, en los delitos de resultado, la imposición de sanciones legales se basa en la relación causal entre la acción del autor y el daño efectivo resultante. La gravedad del daño y su directa conexión con la conducta delictiva desempeñan un papel esencial en la tipificación y sanción del delito. Esto se traduce en una mayor responsabilidad penal cuando el resultado es más perjudicial y evidente.

En conclusión, los delitos de resultado requieren que se haya producido un resultado concreto y material como consecuencia de la conducta delictiva, centrándose en el daño efectivo que ha surgido como

resultado directo de la acción del autor. En el contexto militar y policial, suele confundirse el atentado contra el servicio previsto en el delito de desobediencia como tipo de resultado, sin embargo, observando la Jurisprudencia y la doctrina, la desobediencia es un delito de peligro.

#### - **Delitos de Peligro:**

Los delitos de peligro son una categoría especial en la dogmática penal, que difiere sustancialmente de los delitos de resultado. En estos delitos, a diferencia de los delitos de resultado, no es necesario que se haya producido un resultado concreto o material, como una lesión o un daño, para que se considere que se ha cometido un delito (Alberto, 2021). Más bien, los delitos de peligro se enfocan en el riesgo inherente a la conducta delictiva en sí misma. La clave es que la acción ilícita, por sí sola, representa una amenaza significativa para un bien jurídico protegido, y es este riesgo potencial lo que justifica la imposición de sanciones legales.

En el contexto militar y policial, los delitos de peligro pueden ser particularmente relevantes. Por ejemplo, en el caso de la desobediencia a órdenes o instrucciones legales dentro de estas instituciones, la falta de cumplimiento puede generar un riesgo sustancial. Esta desobediencia pone en peligro la integridad institucional que se manifiesta a través con la disciplina y obediencia con la que debe contarse y peor aun cuando, existen órdenes y/o disposiciones que están relacionadas con operaciones o misiones Militares y/o Policiales que implican la seguridad pública, orden público y defensa nacional.

Un ejemplo concreto en el contexto militar podría ser la desobediencia a órdenes

relacionadas con la custodia de armamento y municiones. Si un miembro de las fuerzas armadas desobedece una orden que requiere asegurar adecuadamente el armamento y, como resultado, se crea un riesgo sustancial de que estas armas caigan en manos equivocadas, se está ante un delito de peligro (Torres, 2020). Aunque en este escenario no se ha producido un resultado concreto, como un robo de armas, la acción de desobedecer la orden ya representa un peligro grave para la seguridad pública, defensa nacional y, por lo tanto, puede ser considerada una infracción penal.

Los delitos de peligro se basan en la idea de que la sociedad debe ser protegida de las acciones que, debido a su naturaleza intrínseca, representan una amenaza para bienes jurídicos importantes. La ley penal reconoce que la exposición al riesgo es suficiente para justificar la imposición de sanciones legales, incluso antes de que se haya materializado un daño real. (Salinas, 2019), Esta precisión se considera esencial para mantener la integridad institucional en áreas críticas como las FFAA y PNP.

El delito de desobediencia, al ser un delito de omisión de funciones institucionales, afecta el normal funcionamiento de estas instituciones como la FFAA y PNP, situación que pone en directo peligro la organización y funcionamiento del mismo Estado representado por estas instituciones. Por ello, se justifica que ante la mera inacción preponderen los bienes o intereses jurídicos más importantes que a través de la Ley el Estado debe cautelar, proteger y promover por medio de las normas penales. (Salinas, 2019)

En conclusión, los delitos de peligro se centran en el riesgo inherente a la conducta delictiva en sí misma, sin requerir un

resultado concreto. En el contexto militar y policial, la desobediencia a órdenes o instrucciones legales puede relacionarse con delitos de peligro, ya que la falta de cumplimiento de estas órdenes puede generar un riesgo significativo para la disciplina, la jerarquía o la seguridad dentro de estas instituciones. La exposición al riesgo es considerada suficiente para justificar sanciones legales.

#### - **Relación con el Delito de Desobediencia:**

La relación entre el delito de desobediencia militar policial en el ámbito peruano y la clasificación como un delito de peligro es de suma importancia para comprender la naturaleza y las implicaciones de esta infracción en el contexto de las fuerzas armadas y la policía (Jara, 2019). La desobediencia militar policial se caracteriza por la negativa o el incumplimiento de órdenes o instrucciones legales, lo que crea un riesgo inherente para la disciplina, la jerarquía y la seguridad dentro de estas instituciones. A pesar de que no se requiere necesariamente que se haya producido un resultado negativo concreto, la mera desobediencia representa un peligro significativo para la cohesión y la efectividad de las fuerzas militares y policiales, lo que puede tener graves implicaciones para la seguridad pública (Torres, 2020).

1. Peligro para la Disciplina y la Jerarquía: La disciplina y la jerarquía son pilares fundamentales dentro de las instituciones militares y policiales en cualquier país, incluido Perú. La obediencia a órdenes y reglamentos es esencial para mantener la eficiencia y la cohesión en estas organizaciones (Lazo, 2020). La desobediencia a

órdenes legales crea un peligro directo para la disciplina, ya que socava la autoridad de los superiores y la confianza en el sistema jerárquico. Esto puede dar lugar a la desobediencia generalizada y al caos dentro de las fuerzas militares y policiales, lo que afectaría negativamente su capacidad para cumplir sus funciones y mantener el orden público.

2. Peligro para la Seguridad: En el contexto de la desobediencia militar policial, el peligro para la seguridad pública es una preocupación adicional (Alberto, 2021). Las órdenes y regulaciones a menudo están diseñadas para garantizar la seguridad de la población y prevenir situaciones de riesgo. La negativa a cumplir estas órdenes puede poner en peligro la seguridad de los ciudadanos y generar situaciones de caos o conflicto, particularmente en contextos en los que las fuerzas armadas o la policía están involucradas en la gestión de crisis, protestas o eventos de alto riesgo.
3. Clasificación como Delito de Peligro: La clasificación del delito de desobediencia militar policial como un delito de peligro se justifica por el reconocimiento de que la desobediencia, en sí misma, representa un riesgo intrínseco. El peligro radica en la negativa a cumplir órdenes o instrucciones legales, lo que puede tener un impacto perjudicial en la disciplina y la seguridad (Casulleras, 2017). No es necesario que se haya producido un resultado negativo concreto, como lesiones o muertes, para que se considere un delito. La simple exposición al riesgo, derivada de la desobediencia,

se considera suficiente para justificar sanciones legales.

4. Prevención y Mantenimiento del Orden y la Defensa Nacional: La clasificación como delito de peligro tiene como objetivo prevenir situaciones potencialmente peligrosas y proteger la integridad de las instituciones militares y policiales, así como la seguridad pública en general (Landio, 2023). La imposición de sanciones legales en casos de desobediencia tiene un propósito disuasorio y busca mantener el orden y la disciplina dentro de estas instituciones, lo que es esencial para la seguridad y el bienestar de la sociedad.

En conclusión, la relación entre el delito de desobediencia militar policial en el ámbito peruano y su clasificación como delito de peligro se basa en el reconocimiento del riesgo inherente que representa la desobediencia para la disciplina, la jerarquía y la seguridad en estas instituciones. Aunque no se requiere un resultado negativo concreto, la exposición al riesgo derivada de la desobediencia se considera suficiente para justificar sanciones legales. Esto es esencial para prevenir situaciones potencialmente peligrosas y mantener el orden, la seguridad pública y la Defensa Nacional.

#### - **Los delitos de peligro.**

Los delitos de peligro son una categoría particular dentro del ámbito del derecho penal que se diferencia de los delitos de resultado en que no requieren que se haya producido un resultado concreto, como una lesión o un daño, para que se considere que se ha cometido un delito. En cambio, se centran en el riesgo inherente a la conducta delictiva en sí misma. A continuación, se

desarrolla con mayor detalle la naturaleza de los delitos de peligro:

1. **Riesgo Inherente:** Los delitos de peligro son aquellos en los que el enfoque recae en la idea de que la conducta delictiva, por su propia naturaleza intrínseca, presenta un peligro potencial para bienes jurídicos protegidos o para la sociedad en su conjunto, incluso antes de que se materialice un daño real (Landio, 2023). En otras palabras, el acto ilícito es peligroso por sí mismo, y la mera exposición al riesgo puede ser suficiente para establecer la comisión del delito.

Este concepto implica que el peligro está inherentemente vinculado a la acción delictiva, independientemente de si se ha producido un resultado negativo tangible. A diferencia de los delitos de resultado, en los que se requiere que se haya producido un daño concreto, los delitos de peligro no dependen de la materialización de un perjuicio evidente. La conducta es considerada potencialmente dañina en sí misma debido a sus características o implicaciones, y esta peligrosidad es la base para su clasificación como delito (Casulleras, 2017).

Ejemplos cotidianos de este concepto incluyen la conducción en estado de embriaguez, que se considera un delito de peligro debido a que la simple acción de conducir bajo los efectos del alcohol presenta un riesgo significativo para la seguridad en las carreteras, incluso si no ha ocurrido un accidente (Mañalich, 2021). De manera similar, la tenencia ilegal de armas de fuego se clasifica como un delito de peligro debido al riesgo

intrínseco que representa para la seguridad pública, independientemente de si se ha utilizado el arma en un delito específico.

El propósito principal de los delitos de peligro es prevenir y disuadir conductas potencialmente peligrosas. Estos delitos buscan proteger a la sociedad de amenazas antes de que se conviertan en daños reales. No es necesario esperar a que se produzca un perjuicio evidente para que se considere que se ha cometido el delito, lo que hace que la prevención sea una parte crucial de su aplicación en el ámbito del derecho penal.

2. **Ausencia de Resultado Concreto:** La distinción clave de los delitos de peligro con respecto a otros tipos de delitos, como los delitos de resultado, radica en la ausencia de un resultado concreto como requisito para su comisión (Brigas, 2020). Mientras que en los delitos de resultado se requiere que se haya producido un resultado específico, como una lesión o un daño, para que se considere que se ha cometido un delito, los delitos de peligro no dependen de la materialización de un daño real. Esta característica particular hace que los delitos de peligro sean especialmente relevantes en situaciones en las que se busca prevenir amenazas o riesgos antes de que se materialicen en daños reales.

En los delitos de resultado, la atención se centra en el resultado concreto que surge como parte de la acción delictiva. Por ejemplo, en un homicidio, se considera que el delito se ha cometido solo cuando la víctima ha fallecido como resultado directo de la conducta

del autor. Esta conexión directa entre la acción y el resultado es fundamental para la tipificación y sanción del delito de resultado.

En contraste, los delitos de peligro no requieren que se haya producido un resultado específico para que se considere que se ha cometido un delito. Estos delitos se centran en el riesgo inherente a la conducta delictiva en sí misma. El acto ilícito es considerado peligroso por su propia naturaleza, independientemente de si se ha materializado un daño real. Esta característica es particularmente valiosa en situaciones en las que existe la necesidad de prevenir amenazas o riesgos antes de que se conviertan en daños efectivos.

Un ejemplo ilustrativo de esta distinción se encuentra en la conducción en estado de embriaguez. En el caso de un delito de resultado relacionado con la conducción, se consideraría un delito solo si se ha producido un accidente con lesiones o muertes como resultado de la conducción bajo los efectos del alcohol. Sin embargo, en el caso de un delito de peligro, la simple acción de conducir bajo la influencia del alcohol representa un peligro inherente para la seguridad en las carreteras, independientemente de si se ha producido un accidente. La exposición al riesgo, derivada de la conducta peligrosa, es suficiente para justificar la imposición de sanciones legales.

3. Prevención y Disuasión: Los delitos de peligro desempeñan un papel de vital importancia en la prevención y disuasión de conductas que podrían dar lugar a situaciones peligrosas. Su

principal característica es que se centran en el riesgo inherente a la conducta delictiva en sí misma, sin requerir la materialización de un daño concreto (Buscar, 2019). Esta particularidad permite que se apliquen como una medida preventiva, evitando daños futuros y protegiendo a la sociedad de potenciales amenazas.

La prevención es un pilar fundamental de los delitos de peligro. En lugar de esperar a que se produzca un daño real, se toma acción legal de manera proactiva para detener las amenazas antes de que se conviertan en daños concretos, como un mecanismo de adelantamiento de las barreras punitivas. Esto es particularmente relevante en situaciones en las que existen riesgos potenciales para bienes jurídicos protegidos o para la seguridad pública. Los delitos de peligro se convierten en una herramienta esencial para garantizar la prevención de situaciones peligrosas y el mantenimiento del orden social.

La disuasión es otro aspecto clave de los delitos de peligro. La existencia de sanciones legales en casos de conductas peligrosas envía un mensaje claro a la sociedad y a posibles infractores: la sociedad no tolerará comportamientos que representen un peligro potencial. Este elemento disuasorio juega un papel fundamental al disuadir a las personas de participar en actividades riesgosas. Saber que la mera exposición al riesgo puede resultar en consecuencias legales puede ser suficiente para que las personas reconsideren sus acciones y eviten conductas peligrosas.

## Ejemplos Prácticos

En el ámbito militar policial: un ejemplo práctico, puede darse por la peligrosidad de una desobediencia, cuando un militar o policía, omite hacer rondas en una instalación de material de guerra (almacén de armas y municiones), pese a estar en su manual de funciones de forma específica, tener el personal de Servicio Militar o Policial, y contar con todos los medios necesarios, lo que hace es poner en grave y potencial peligro el material de guerra, aun cuando no se materialice ninguna afectación a las instalaciones, dicha conducta representa un peligro grave.

Conducción en estado de embriaguez: Un ejemplo clásico de delito de peligro es la conducción en estado de embriaguez. En este caso, la peligrosidad de la conducta radica en que una persona está operando un vehículo bajo la influencia del alcohol o sustancias intoxicantes. Aunque no haya ocurrido un accidente o daño concreto en ese momento, la conducción en estado de embriaguez representa un riesgo evidente para la seguridad en las carreteras (Alberto, 2021). Los delitos de peligro en este contexto permiten que las autoridades tomen medidas legales para prevenir accidentes y proteger la vida de los demás conductores y peatones.

Tenencia ilegal de armas de fuego: Otro ejemplo clásico de delito de peligro es la tenencia ilegal de armas de fuego. En este caso, la peligrosidad radica en el hecho de que una persona posee y porta un arma de fuego sin la debida licencia o autorización legal. Aunque no se haya utilizado el arma en un delito específico y no se haya causado un daño real, la simple posesión ilegal representa un riesgo para la seguridad pública y la integridad de las personas. Los

delitos de peligro relacionados con armas de fuego tienen como objetivo prevenir el uso inapropiado de estas armas y proteger a la sociedad de posibles amenazas (Casulleras, 2017).

Violación de normas de seguridad en situaciones potencialmente peligrosas: En algunas situaciones, el incumplimiento de normas de seguridad en contextos potencialmente peligrosos puede constituir un delito de peligro. Por ejemplo, la violación de normas de seguridad en una planta química o en una instalación industrial donde se manejan sustancias peligrosas puede representar un riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores y la comunidad circundante (Pino, 2022). Aunque no se haya producido un incidente o un daño real, el mero hecho de no cumplir con las regulaciones de seguridad puede ser considerado un delito de peligro debido al potencial riesgo que genera.

En estos ejemplos, la peligrosidad de la conducta reside en la amenaza inherente que representa para la seguridad pública, la integridad de las personas y la propiedad, incluso si no se ha producido un resultado negativo concreto (Landio, 2023). Los delitos de peligro permiten que las autoridades actúen de manera proactiva para prevenir riesgos y proteger a la sociedad antes de que ocurran daños reales.

Los delitos de peligro son aquellos en los que el peligro inherente a la conducta delictiva en sí misma es el foco central, sin requerir que se haya producido un resultado concreto (Gallo, 2019). Estos delitos desempeñan un papel importante en la prevención y la disuasión de comportamientos peligrosos, ya que buscan proteger a la sociedad de riesgos potenciales antes de que se conviertan en daños reales. La exposición al

riesgo se considera suficiente para justificar la imposición de sanciones legales en estos casos.

## V CONCLUSIONES

El presente trabajo ha explorado, el tema del delito de desobediencia militar policial desde la perspectiva de la jurisprudencia, centrándose en el contexto peruano. A lo largo de este estudio, se ha abordado en detalle la naturaleza de este delito, su clasificación en el ámbito legal y jurisprudencial, así como su relación con otros conceptos clave, como los delitos de omisión propia e impropia, los delitos de resultado y de peligro.

Se ha destacado que el delito de desobediencia militar policial se caracteriza por la negativa o el incumplimiento de órdenes o instrucciones legales en el contexto de las instituciones militares y policiales en Perú. Aunque su clasificación puede variar según la legislación y la jurisprudencia específicas, generalmente se considera un delito de peligro. La desobediencia en estas instituciones representa un peligro para la disciplina, la jerarquía y la seguridad, lo que justifica su tratamiento como un delito de peligro.

Además, se ha analizado la distinción entre los delitos de omisión propia y los delitos de omisión impropia, resaltando que estos últimos involucran un deber preexistente de actuar para evitar un peligro o un resultado, que no se cumple de forma consciente, mientras que los delitos de omisión propia se refieren a la falta de acción cuando existe una obligación legal de hacerlo.

En cuanto a la diferenciación entre los delitos de resultado y de peligro, se ha explicado que los delitos de resultado requieren la producción de un resultado concreto como parte de la conducta delictiva, mientras que los delitos de peligro se centran en la exposición al riesgo inherente a la conducta en sí misma, sin necesidad de un daño real.

En suma, esta investigación ha proporcionado una visión comprehensiva del delito de desobediencia militar policial en el contexto peruano, su clasificación como delito de omisión simple o pura y por de peligro, por su relación con los bienes jurídicos institucionales de las FFAA y la PNP. El estudio subraya la importancia de comprender este tipo de delito y su tratamiento en el ámbito legal y jurisprudencial para garantizar una línea concordante en el ámbito de la Justicia Militar Policial.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTO, L. (2021). La seguridad jurídica y las sanciones en los delitos de función cometidos por el Personal Militar y Policial en la Fiscalía Militar Policial N° 28, Tarapoto, 2019. <https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/3251>
- ALCA, G. P. (2021) La doble competencia del fuero común y fuero militar policial y la vulneración del debido proceso. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/23327>
- ARÉVALO, D. (2022). El delito de desobediencia en el código penal militar policial y el principio de legalidad penal en Cajamarca 2021-2022. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/106162>
- BASCUR, G. (2019). Consideraciones conceptuales para el tratamiento del peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos. *Política criminal*, 14(28), 562-594. [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992019000200562&script=sci\\_arttext&tlng=en](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992019000200562&script=sci_arttext&tlng=en)
- BRINGAS, G. (2020). Aspectos fundamentales del resarcimiento económico del daño causado por el delito. *Lex-revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, 7(6), 501-524. <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/viewFile/2045/2187>
- CASULLERAS, F. (2017). El delito de desobediencia por autoridad pública a resoluciones judiciales (art. 410 CP). Análisis doctrinal y jurisprudencial tras la Sentencia del Tribunal Supremo n° 177/2017, de 22 marzo (Caso Homs). <https://openaccess.uoc.edu/handle/10609/71267>
- CUSIHUAMAN, K. (2021). El delito de desobediencia o resistencia a la autoridad proveniente de proceso laboral y su incidencia con el derecho de defensa del demandante en la cuarta fiscalía penal corporativa de Huánuco, 2018. <HTTP://200.37.135.58/HANDLE/123456789/2796>
- GONZALES S. (2021) Tesis. Autoría y participación en delitos de omisión impropia: la masacre de el salado. [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/30734/Sara\\_GonzalezCifuentes\\_2021.pdf?sequence=2&isAllowed=y#:~:text=La%20omisi%C3%B3n%20impropia%20es%20una,conducta%20punible%20de%20manera%20activa.](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/30734/Sara_GonzalezCifuentes_2021.pdf?sequence=2&isAllowed=y#:~:text=La%20omisi%C3%B3n%20impropia%20es%20una,conducta%20punible%20de%20manera%20activa.)
- GALLO, P. (2019). La prevención penal de riesgos laborales en Chile: la necesidad de un delito de peligro. *Política criminal*, 14(27), 277-295. [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992019000100277&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992019000100277&script=sci_arttext)
- GUEVARA, J. (2016). Inconstitucionalidad del Fuero Militar Policial en el Peru y su inaplicabilidad en la policia nacional. <http://200.37.135.58/handle/123456789/312>
- JARA, Y. C. (2019). Las Decisiones Arbitrales y su Consideración en el Delito de Desobediencia a la Autoridad. <https://repositorio.unc.edu.pe/handle/20.500.14074/3067>

- LANDIO, M. (2023). Persecución simultánea del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial y el delito de desobediencia en el distrito fiscal de Moquegua, 2017-2020. <https://repositorio.upt.edu.pe/handle/20.500.12969/2874>
- LAZO, J. (2020). La justicia militar en el Perú y la necesidad de su existencia. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16711>
- MAÑALICH, P. (2021). Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal. *Revista chilena de derecho*, 48(2), 79-100. [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372021000200079&script=sci\\_arttext&lng=pt](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372021000200079&script=sci_arttext&lng=pt)
- MONTANO, E. (2017). Principio de non bis in ídem en casos de conducción en estado de ebriedad en el Fuero Militar Policial. Lima, 2017. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/12861>
- OTÁLVARO, M., & Rochel, M. (2020). Aplicación del tipo penal de desobediencia e insubordinación: Estudio de casos zona 16-policia. <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/22513>
- PINO, J. (2022). El delito de deserción del personal de tropa del servicio militar voluntario y la vulneración del debido proceso-Sector VRAEM. <http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/6677>
- SALINAS S. (2019) El bien jurídico en los delitos de infracción de deber. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/182704/Salinas%20Siccha.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- TORRES, E. J. (2020). El delito de insubordinación e integridad personal del efectivo policial frente al Covid-19, Fuero militar policial, 2020. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/84079>
- VEGA, L. M. G., & Arboleda, F. (2021) Criterios Para la Imposición de Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva Para el Delito de Desobediencia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/e23dd616-e18d-4201-a801-3d2c1d427133/content>
- VEGA, S. (2022). Criterios jurídicos para desestimar la investigación preliminar por el delito de desobediencia en la jurisdicción militar policial, Cajamarca, 2019-2021. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/103749>
- BOHORQUEZ G. (2022). ¿Coautoría en los delitos de infracción de deber?: Análisis de la figura de la coautoría respecto a si es posible o no su aplicación en los delitos contra la administración pública. [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/24666/BOHORQUEZ\\_GUEVARA\\_MARY\\_YOMALISI.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/24666/BOHORQUEZ_GUEVARA_MARY_YOMALISI.pdf?sequence=1&isAllowed=y)



Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo<sup>1</sup>

## LOS DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y SU INCLUSIÓN EN LOS CÓDIGOS PENAL Y PENAL MILITAR POLICIAL DEL PERÚ

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO; III. CREACIÓN DE TRIBUNALES ESPECIALES PARA JUZGAR A LOS RESPONSABLES DE COMETER CRÍMENES CONTRA EL DIH, QUE ANTECEDIERON A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL; IV. EL ESTATUTO DE ROMA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL; V. LA NATURALEZA NO AUTOEJECUTIVA DEL DIH Y LA NECESIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DE SUS NORMAS; VI. EL DIH EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA; VII. TRATAMIENTO DEL DERECHO DE GENTES EN LOS CÓDIGOS DE JUSTICIA MILITAR; VIII. A MANERA DE CONCLUSIONES; IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### RESUMEN

El autor señala que no obstante haber transcurrido más de 21 años desde que el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, entro en vigor (1 de julio de 2002), el Estado peruano no ha cumplido con tipificar en el Código Penal los crímenes (delitos) contra el DIH, incumpliendo una obligación internacional. De otro lado, habiéndose tipificado en el Código Penal Militar Policial de 2010 los delitos contra el DIH, el tribunal Constitucional, resolviendo una demanda de inconstitucionalidad, dejó sin vigencia la gran mayoría de los artículos, estando también pendiente una nueva legislación que salve los vacíos producidos. El autor sugiere como debieran ser los alcances de la tipificación de los delitos contra el DIH, tanto en el Código Penal Común como en el Código Penal Militar Policial.

---

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho internacional humanitario, crímenes contra el Derecho internacional humanitario, Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional.

## ABSTRACT

*The author points out that despite more than 21 years having passed since the Rome Statute, which created the International Criminal Court, came into force (July 1, 2002), the Peruvian State has not complied with classifying in the Penal Code the crimes (crimes) against IHL, failing to comply with an international obligation. analyzes the situation of International Humanitarian Law (IHL) in Peru. On the other hand, having classified crimes against IHL in the Military Police Penal Code of 2010, the Constitutional Court, resolving a claim of unconstitutionality, left the vast majority of the articles invalid, with new legislation also pending to close the gaps. produced. The author suggests what the scope of the classification of crimes against IHL should be, both in the Common Penal Code and in the Military Police Penal Code.*

**KEYWORDS:** *International humanitarian law, crimes against international humanitarian law, Rome Statute, International Criminal Court.*

## I. INTRODUCCIÓN

El DIH, o *ius in bello* (el derecho en la guerra), es una rama del Derecho internacional público que “trata de un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es

solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate.”<sup>2</sup>

Como sabemos, desde muy antiguo los conflictos armados han estado presentes entre los humanos, por diversas razones, que fueron mutando en sus causas y efectos con el devenir del tiempo, el aumento de la población, el crecimiento de los Estados y el avance tecnológico, haciendo que las guerras sean cada vez más generalizadas y destructivas, incrementándose el sufrimiento de los combatientes por el uso de medios y métodos desproporcionados, afectando de otro lado, principalmente, a la población civil no combatiente.

En el contexto de los conflictos armados, en todo tiempo, se han producido acuerdos para eliminar ciertos medios y métodos de hacer la guerra; así, entre los romanos, por ejemplo, se prohibió dar muerte a los prisioneros de guerra, aun cuando no fuera por razones humanitarias, para utilizarlos después como esclavos. Si nos remontamos más atrás, hallaremos que en tiempos del rey Hammurabi (1728-1986 a.C.), el del famoso código que lleva su nombre, durante la guerra se garantizaba la protección de los más débiles (mujeres, ancianos y niños); en tiempo de los sumerios, el inicio del conflicto se daba por una declaratoria de guerra y su fin por un acuerdo de paz; los hititas exigían otro tanto y respetaban a la población civil del enemigo, de hecho, el primer acuerdo de paz que conocemos lo firmaron

2 SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP y CICR, tercera edición: agosto de 2012, Pág. 27.

los hititas y los egipcios, según testimonios físicos existentes; Ciro, rey de Persia, setecientos años antes de la era cristiana, ordenó que los heridos del ejército contrario debían ser tratados como si fuesen sus propios soldados y, la “Ley de Manú” (400 a.C.), en la India, prohibía el uso de ciertas armas envenenadas, atacar al adversario rendido, y protegía los bienes del enemigo.

En tiempos más cercanos los ejemplos son mayores y hay desarrollos teóricos sobre la guerra desde Grocio hasta Rousseau, que no es del caso señalarlos aquí, porque debemos fijar una fecha más precisa sobre el origen del Derecho internacional humanitario como lo conocemos hoy, cuya historia está íntimamente relacionada con el nacimiento de la Cruz Roja Internacional, surgida de la experiencia tremenda que Henry Dunant tubo tras la batalla de Solferino, que le hizo escribir el libro “Recuerdo de Solferino”, en el que propuso la creación de sociedades de socorro en cada país para colaborar con la sanidad militar en el tratamiento adecuado de los heridos en los campos de batalla, sin distinción de banderas, y se suscribiese un tratado para proteger a esas organizaciones.

El resultado de esas recomendaciones produjo la creación del movimiento de la Cruz Roja Internacional y de la Media Luna Roja, y a través del Gobierno Suizo la suscripción del primer tratado sobre Derecho internacional humanitario en 1864, conocido hoy como el primer Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña.

Desde este paso inicial, el desarrollo del Derecho internacional humanitario se produjo “vertiginosamente”, particularmente, debido a que en la primera mitad del siglo XX se produjeron dos conflagraciones mundiales, conocidos comúnmente como primera y segunda guerra mundial, contextos en

los cuales ocurrió la muerte de millones de personas, especialmente no combatientes, y la destrucción de ciudades enteras por el bombardeo indiscriminado. Durante la Primera Guerra Mundial se dio inicio al desarrollo de una tecnología militar nunca antes vista, llegándose incluso, en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, a detonar bombas atómicas, cuyo poder destructivo se presentó a futuro como un medio de desaparecer de la faz de la tierra a todo ser vivo.

Ante esta coyuntura, con la creación de las Naciones Unidas, se impulsó, no solo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), sino también el DIH.

## II. DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Por cuestión de sus orígenes en las ciudades de Ginebra, La Haya y Nueva York, el desarrollo del Derecho internacional humanitario se ha ordenado en tres campos, que inicialmente se dieron por separado pero que hoy conforman una unidad:

**II.1. Derecho de Ginebra, que busca proteger a las víctimas de los conflictos armados** (Derecho Humanitario propiamente dicho), que como dijimos, se inicia con el primer convenio suscrito en 1864 para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña, alcanzando su punto culminante con la suscripción, tras la Segunda Guerra Mundial, de los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales:

**Convenio I:** para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

**Convenio II:** para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

**Convenio III:** trato debido a los prisioneros de guerra.

**Convenio IV:** relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra) y sus dos Protocolos Adicionales de 1977:

**Protocolo I,** relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; y

**Protocolo II:** relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, que en conjunto vienen a formar el corazón del DIH.

**Protocolo III adicional** a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (2005).

**II.2. Derecho de La Haya (Derecho de la guerra), que busca limitar el uso de ciertos métodos y medios de combate.** Métodos de combate como usar el terror, adoptar represalias contra personas protegidas o declarar que no se dará cuartel, y medios que causen sufrimientos innecesarios y males superfluos como las balas expansivas, las armas incendiarias, las minas antipersonales, entre otras.

Esta línea del DIH se inicia con la “Declaración de San Petersburgo” de 1868, que prohíbe el uso de ciertos proyectiles en la guerra, y se fortalece con las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907, en las que se elaboraron un total de diecisiete convenios para limitar ciertos métodos y medios de combate, tanto en tierra como en el mar.

En esta rama del DIH, resulta también importante resaltar la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (H. CP), su reglamento (H.CP. R) y su Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (H.CP. P), todos del 14 de mayo de 1954.

En este campo del DIH, posteriormente, se suscribieron una serie de convenios, que enumeraremos a vuelo de pájaro.<sup>3</sup>

- Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (1972).
- Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (1976).
- Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (1980) y sus protocolos I, II y III.
- Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993).
- Protocolo sobre armas láser cegadoras (Protocolo IV de la Convención de 1980) (1995)
- Protocolo enmendado sobre prohibiciones o restricciones del empleo de

3 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario, Respuestas a sus preguntas, enero 2020, Ginebra, Suiza. Págs. 14 y 15.

- minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II [enmendado] de la Convención de 1980) (1996)
- Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997).
  - Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado (1999).
  - Enmienda del artículo 1 de la Convención sobre ciertas armas convencionales (2001)
  - Protocolo (V) sobre Restos Explosivos de Guerra (añadido a la Convención sobre ciertas armas convencionales de 1980) (2003).
  - Convención sobre municiones en racimo (2008).
  - Tratado sobre el Comercio de Armas (2013).

**II.3. Derecho de Nueva York, que trata de aquellos convenios orientados a la adopción de mecanismos efectivos para sancionar el incumplimiento de las normas del DIH y otros**, que ha sido impulsado por la Organización de Naciones Unidas, a diferencia de los Derechos de Ginebra y de La Haya que han sido preocupación de la Cruz Roja Internacional. El punto más alto de esta línea del DIH ha sido la aprobación del Estatuto de Roma, que ha creado la Corte Penal Internacional, cuyos orígenes

directos se encuentran en la **“Carta de Núremberg o Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional”**, suscrita por los representantes de Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética, para juzgar los “casos de destacados criminales cuyos delitos no tengan una ubicación geográfica determinada y que sean castigados por decisión conjunta de los gobiernos aliados” y el **Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente**, aprobado el 19 de enero de 1946, para juzgar y castigar a los criminales de guerra del Lejano Oriente que, como individuos o como miembros de organizaciones, estaban acusados de delitos que incluían crímenes contra la paz.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito el 17 de julio de 1998 por 120 Estados, **entre ellos el Perú, que lo ratificó el 10 de noviembre de 2001, entró en vigor el 1 de julio de 2002**. Conforme a su artículo 1, “La Corte será una institución permanente, **estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional** de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales...”<sup>4</sup> La Corte tiene competencia, conforme al artículo 5 del Estatuto, para juzgar: “a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; y d) El crimen de agresión.”<sup>5</sup>

En el Perú, estos crímenes contra el DIH, salvo el de genocidio, desaparición forzada, tortura y discriminación, no han

4 [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

5 BRAVO MAXDEO, Roosevelt. Derecho Internacional Humanitario y la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de empleo de la fuerza, Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, Tomo 18, diciembre 2009, Págs. 137 a 177.

sido tipificados en el Código Penal, **no obstante haber transcurrido 21 años desde la entrada en vigor del Estatuto, existir la obligación de hacerlo y haberse presentado varios proyectos con tal propósito.**

Otros convenios importantes que podemos señalar en esta rama del DIH, que tienen una aproximación directa al DIDH, son:

- Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000).
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006).<sup>6</sup>

En el Código Penal Militar Policial peruano, vigente desde el 2 de setiembre de 2010, se previó, en el Título II del Libro Segundo, Parte Especial, la tipificación de delitos que afectan el Derecho Internacional Humanitario, en 24 artículos (del 75 al 98), de los cuales quedaron vigentes solo unos pocos, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 2015, recaída en el Expediente 00022-2011-PI/TC, entre otros, por haber sido demandado la inconstitucionalidad de varios artículos del Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094.

### III. CREACIÓN DE TRIBUNALES ESPECIALES PARA JUZGAR A LOS RESPONSABLES DE COMETER CRÍMENES CONTRA EL DIH, QUE ANTECEDIERON A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En las dos últimas décadas del siglo XX, ocurrieron en el mundo varios conflictos, sobre todo internos, en los que se cometieron violaciones flagrantes contra las normas del DIH, contextos en los que la dignidad humana fue gravemente afectada por el indebido comportamiento de las autoridades y los integrantes de grupos armados en disputa por el poder.

Resultando evidente las responsabilidades personales por genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, el mundo no podía ignorarlos, por lo que, a falta de una Corte Penal Internacional en funciones, se crearon tribunales penales internacionales, cuyas sentencias son hoy parte de la doctrina del DIH. Es de nuestro interés, exponer, sucintamente, su conformación y su aporte a la dignificación del ser humano.

El 25 de mayo de 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el **Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), “para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991”**.<sup>7</sup> A diferencia de los anteriores tribunales, que fueron creados

6 CICR. Ob. Cit., Pág. 15.

7 COMISIÓN NACIONAL DE ESTUDIO Y APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (CONADIH). Compilación sobre Derecho Internacional Humanitario, abril 2008, Lima, Perú, Págs. 642 a 652.

por los vencedores de la guerra, este tribunal actúa sobre bases más convencionales, para juzgar a personas que hubiesen cometido crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, no solo en un conflicto armado de carácter internacional, sino, también, en un conflicto armado de carácter no internacional, por jueces internacionales, independientes e imparciales.

Se dice que las llamadas Guerras yugoslavas fueron “el peor conflicto bélico en Europa desde la Segunda Guerra Mundial, con un saldo de 140 000 muertos y 4 millones de desplazados”.<sup>8</sup> Yugoslavia fue fundada en 1918, tras la culminación de la Primera Guerra Mundial, bajo el nombre de “**Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos**”, al fusionarse esos dos últimos Estados, que habían declarado su independencia del Imperio austrohúngaro, con el Reino de Serbia, obteniendo reconocimiento internacional el 13 de julio de 1922, cambiando su nombre a Reino de Yugoslavia el 3 de octubre de 1929.

Tras ser invadida por Alemania durante la Segunda Guerra Mundial, se proclamó, por los partisanos, un nuevo Estado con el nombre de “Yugoslavia Democrática Federal”. En 1945 se abolió la monarquía y al año siguiente el país cambió de nombre a “República Federal Popular de Yugoslavia”, con la instauración de un gobierno comunista encabezado por el líder de los partisanos Josip Broz Tito, quien gobernó el país hasta su muerte en 1980.

En 1963 el país había cambiado otra vez su nombre a República Federativa Socialista de Yugoslavia (RFSY). Esta federación la integraban Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia, que además contaba con dos provincias autónomas: Voivodina y Kosovo, las cuales pasaron a tener la misma autonomía que el resto de repúblicas tras la adopción de una nueva constitución en 1974.<sup>9</sup>

En los años ochenta del siglo pasado, Yugoslavia atravesó por una crisis económica y política y experimentó el surgimiento de nacionalismos, problemas étnicos y religiosos que desintegraron el país, dando lugar inicialmente a la formación de cinco países (Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia, uniéndose Montenegro y Serbia). En 1992 Montenegro y Serbia formaron la República Federal de Yugoslavia (RFY) y en 2003, tras la resolución de la “Comisión de Arbitraje Badiner” sobre la sucesión compartida del legado de Yugoslavia con los países que se independizaron en 1991, cambió de nombre a “Unión Estatal de Serbia y Montenegro”, dejando de existir en 2006, cuando Montenegro declaró su independencia. En 2008, la provincia autónoma de Kosovo declaró unilateralmente su independencia de Serbia, habiendo sido reconocida por algunos países.

En este contexto histórico, entre 1991 y 2001, se produjeron conflictos armados internos e internacionales en los que se cometieron crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, que trajeron

8 <https://es.wikipedia.org/wiki/Yugoslavia>

9 Ibidem.

al tablero europeo problemas étnicos y religiosos soterrados, además de los tradicionales problemas políticos y económicos.

Nombres como Dusko Tadic, Radovan Karadzic y Ratko Mladic se hicieron conocidos a raíz de las sentencias del TPIY, pero son muchos más los condenados a penas notorias. Fueron procesadas 161 personas, de los cuales 94 serbios, 29 croatas, 9 albaneses, 9 bosnios, 2 macedonios, 2 montenegrinos y el resto de etnias desconocidas. Cinco fueron condenados a cadena perpetua: Ratko Mladic, Milan Lukic, Radovan Karadzic, Stanislav Galić y Ljubiša Beara. Entre los casos sobresalen, entre otros, procesos sobre la Masacre de Srebrenica, donde fueron asesinados 8.000 bosnios musulmanes; los crímenes cometidos en el Campo de prisioneros de Čelebići, en el que por lo menos 30 prisioneros murieron por golpes y tortura y fueron asesinados varios ancianos; el bombardeo y uso de francotiradores en Sarajevo, capital de Bosnia y Herzegovina, por el Ejército Popular de Yugoslavia y las fuerzas de la República de Srpska (serbiobosnios), durante la llamada Guerra de Bosnia, que produjo la muerte de 12.000 personas, de los cuales el 85% civiles, 50.000 heridos y números desplazados, de forma que al terminar el sitio la población de Sarajevo había disminuido a 334, 663 personas; es decir, apenas el 64% de la población que tenía al iniciarse el conflicto; actos de limpieza étnica en Foca, cometidos por militares, policías y paramilitares serbios contra civiles bosnios musulmanes, calculándose en 2.707 los muertos, 13 mezquitas destruidas y el éxodo de 22.500 musulmanes, entre otros casos.

Poco tiempo después, el 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad de las

Naciones Unidas creó el **Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR)** “para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a los ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.”<sup>10</sup> Como en el caso de TPIY, el Tribunal para Ruanda estuvo también integrado por jueces internacionales nombrados por las Naciones Unidas.

La República de Ruanda es un pequeño país ubicado en África Oriental, en la región de los Grandes Lagos, densamente poblada, que basa su economía en la producción agraria, el turismo y la minería, cuya capital es Kigali. Su población en 1994, cuando se produjo el genocidio ruandés, era de 6.500.000, aproximadamente, y en 2021 se calculó en 13.460.000 personas, lo que implica que en el transcurso de 25 años se ha duplicado.

La explicación común que se da en los textos sobre la conformación de la población ruandesa, es la de dividir la población entre hutus, tutsis y twas, supuesta división en “etnias” que habría sido la causa del genocidio. No obstante, “(...) pese a que son frecuentes las explicaciones del genocidio a partir de un supuesto antiguo odio étnico, estos análisis fueron probados incorrectos por investigaciones posteriores. La definición de las categorías tutsi y hutu no es estable, sino que es una construcción social y económica que fue cambiando a lo largo del tiempo y que no tiene, de hecho, más que un par de siglos. Hutus y tutsis comparten

10 CONADIH, Ob. Cit., Págs. 653 a 663.

la misma cultura, lengua (kinyarwanda), religión, habitan las mismas regiones y se casan entre sí, con lo cual su diferenciación era más socioeconómica que étnica.”<sup>11</sup>

Se dice que el detonante del genocidio ruandés fue el derribo, el 6 de abril de 1994, del avión privado del presidente de Ruanda Juvénal Habyarimana, un jet Dassault Falcon 50, regalo del primer ministro francés Jacques Chirac, por dos misiles, cuando iba a aterrizar en el aeropuerto de Kigali, la capital del país. En ese atentado moriría también el presidente Cyprien Ntaryamira de Burundi, que acompañaba a Habyarimana en el avión y el resto de los ocupantes de la nave. Se culpó del atentado al Frente Patriótico Ruandés, conformado mayormente por tutsis, pero sin pruebas sólidas y hasta se dice que hutus radicales serían los culpables, hecho que no ha sido aclarado hasta la fecha.

Lo cierto es que, en cien días, entre abril y julio de 1994, se produjo el asesinato masivo de tutsis y hutus moderados por parte de fuerzas integradas por hutus, de cuyo origen eran los presidentes muertos en el atentado de aviación, calculándose las muertes entre 800.000 y 1 millón de personas, muchos de ellos a machetazos.

Los hutus radicales iniciaron esta masacre con el asesinato de la primera ministra Aghathe Uwilingivimana y diez soldados belgas que integraban el contingente de la ONU y la custodiaban, masacre que duró hasta el 15 de julio de 1994 en que el Frente Patriótico Ruandés tomó la capital Kigali.

Los desplazados hacia Zaire y Tanzania se calcularon en dos millones de hutus.<sup>12 13</sup>

Investigaciones realizadas posteriormente advierten que el derribo del avión presidencial, del que hemos hablado más arriba, solo fue un pretexto, puesto que la matanza de tutsis había sido premeditada con mucha anterioridad y hasta se habían elaborado listas de los tutsis con poder que debían ser asesinados. De otro lado, la violencia fue instigada, con discursos de odio contra los tutsis, particularmente, a través de la Radio Televisión Libre des Mille Collines (Radio Televisión Libre de las Mil Colinas, RTLM).<sup>14</sup>

Los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex – Yugoslavia y Ruanda contemplan la organización de tribunales independientes e imparciales, donde las funciones de los jueces y los fiscales están claramente determinadas y se exige que prime el debido proceso y la defensa de los imputados sea adecuada. Las sentencias que emitirán estos tribunales ayudarán a establecer una doctrina adecuada y uniforme, que servirán de modelo en casos sucesivos, como en efecto ha ocurrido, particularmente en relación al genocidio.

Después de creados los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, se han creado también otros, con características particulares, que consignamos por ser las sentencias emitidas por estos tribunales importantes para el desarrollo de la jurisprudencia en el campo del DIH y material útil para las decisiones de la Corte Penal Internacional.

11 FEIERSTEIN, Daniel. Introducción a los estudios sobre Genocidio, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., mayo 2016, Buenos Aires, Argentina, Pág. 413.

12 Ibidem, Pág. 430 y siguientes.

13 [https://es.wikipedia.org/wiki/Genocidio\\_de\\_Ruanda](https://es.wikipedia.org/wiki/Genocidio_de_Ruanda)

14 Ibidem.

Uno de estos tribunales fue el **Tribunal Especial para Sierra Leona (SCSL)**, que se estableció a solicitud del gobierno de Sierra Leona, por un acuerdo con las Naciones Unidas en enero de 2002, concluyendo su mandato en 2013. Fue el primer tribunal de composición híbrida; es decir, compuesto por jueces internacionales, nombrados por la Naciones Unidas, y nacionales de Sierra Leona, nombrados por su gobierno.

Los antecedentes de la creación de este Tribunal tienen correlato con la cruenta guerra civil que asoló el territorio de este país entre 1991 y 2002, que acabó con la vida de más de 70.000 civiles, desplazó a 2,6 millones de personas, causó aproximadamente 200.000 víctimas de mutilaciones, torturas y otras violaciones graves a los derechos humanos, incluyendo violencia sexual, y alrededor de 7.000 niños reclutados como soldados, tema este que, tras las sentencias del tribunal, ha sentado doctrina.

Los delitos que entraron en su competencia fueron: (i) Crímenes de lesa humanidad; (ii) Violaciones del artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra y el Protocolo II Adicional; (iii) Otras violaciones del derecho internacional humanitario; y (iv) Crímenes bajo el derecho de Sierra Leona.

**Otro caso de tribunales especiales es la creación de las Cámaras Extraordinarias dentro de los Tribunales de Camboya (ECCC).** Por un acuerdo entre el gobierno camboyano y las Naciones Unidas, se establecieron Cámaras Extraordinarias dentro de los tribunales camboyanos, integrados por jueces y fiscales designados unos por Naciones Unidas y otros por el gobierno camboyano. **El objeto de la formación de estas cámaras fue procesar a los líderes sobrevivientes de la Kampuchea Democrática (Jemeres rojos), a quienes se considera históricamente como los**

**responsables de crímenes atroces contra la humanidad, cometidos entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, lo que dio como resultado la desaparición de 1.7 millones de camboyanos y la opresión generalizada del resto de la población.**

Fueron de competencia de las Cámaras Extraordinarias los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y algunos crímenes de guerra. **El genocidio fue el crimen que se quiso perseguir especialmente, por ello se hablaba del “Tribunal para el genocidio camboyano”**, aun cuando el nombre oficial del Tribunal es “Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia” (Cámara Extraordinaria en las Cortes de Camboya).

**Las Salas Especiales de los Tribunales del Distrito de Dili, también conocidas como el “Tribunal de Timor Oriental” o “Paneles Especiales de Dili”, fueron otros tribunales de carácter semejante a los que hemos citado.** Estas salas especializadas temporales estaban integradas por jueces de Timor Oriental y juristas internacionales nombrados por Naciones Unidas, que fue creado en 2000, para juzgar los “delitos graves” cometidos entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 1999 en territorio de Timor Oriental. Estas salas especiales sirvieron entre 2000 y 2006.

Según versiones confiables, se estima que unas mil cuatrocientas personas, partidarias de la independencia de Timor Oriental, que no querían que su país se anexara a Indonesia, fueron asesinadas, un número no determinado de ciudadanos fueron víctimas de otras violaciones de Derechos humanos, más de un cuarto de millón de personas fueron desplazadas hasta Indonesia y la infraestructura y las propiedades fueron saqueadas y destruidas.

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas creó la Administración de Transición

de las Naciones Unidas para Timor Oriental” (UNTAET), que creó el Tribunal de Distrito de Dili, **con competencia exclusiva para juzgar los “delitos graves”, como el genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, asesinato, delitos sexuales y tortura.** Los Paneles Especiales del Tribunal del Distrito de Dili estaban compuestos, tanto en primera instancia como a nivel de Corte de Apelaciones, por dos jueces internacionales y un juez timorés.

**Tribunal Especial de las Naciones Unidas para el Líbano (“STL”).** También conocido como “Tribunal para el Líbano”, es un tribunal penal internacional creado para enjuiciar, aplicando el derecho penal libanés, a los responsables del asesinato del ex primer ministro del Líbano Rafiq Hariri, la muerte de otras 21 personas, y las lesiones causadas a 226 personas, frente al Hotel Saint Georges, en Downtown Beirut, a raíz de la explosión de una bomba activada por un atacante suicida, el 14 de febrero de 2005.

El gobierno del Líbano solicitó a Naciones Unidas la creación de un Tribunal Especial, cuya decisión demoró por diversas razones. En esa coyuntura, el “Consejo de Seguridad, en virtud de su resolución 1595 (2005), de 7 de abril de 2005, decidió establecer una comisión internacional independiente de investigación con sede en el Líbano que ayudase “a las autoridades de este país a investigar todos los aspectos de este acto terrorista y a identificar a sus autores, patrocinadores, organizadores y cómplices”.<sup>15</sup>

Recién el 6 de febrero de 2007 se dio la noticia que Naciones Unidas y el gobierno

del Líbano habían acordado el establecimiento de un Tribunal Especial para ese país.<sup>16</sup> El Tribunal se instauró por medio de la resolución 1757 del Consejo de Seguridad, como “una entidad judicial internacional e independiente”, cuya competencia estaba relacionada “con el ataque que causó la muerte del Ex Primer Ministro Raiq Hariri, incluyendo todos los crímenes **asociados con este ataque que hubieran ocurrido entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre del 2005.** El Gobierno, con el acuerdo del Consejo de Seguridad, puede solicitar la extensión de la competencia del Tribunal a actos ocurridos más tarde del límite temporal, mientras esos actos estén siempre relacionados con el ataque contra el señor Raiq Hariri, y presenten elementos de la misma gravedad.”<sup>17</sup> (resaltado agregado).

La jurisdicción del Tribunal Especial estaba compartida con las cortes nacionales; no obstante, este tenía la primacía. Las normas aplicables eran las del Código Penal del Líbano, “relativas a la judicialización de actos de terrorismo, crímenes y ofensas contra la vida y la integridad personal, asociación ilícita y omisión de denunciar crímenes, incluyendo las normas sobre los elementos del tipo, participación, autoría y conspiración.”<sup>18</sup> También eran aplicables los artículos 6 y 7 de la ley libanesa del 11 de febrero de 1958 sobre el aumento de penas para los delitos de sedición, guerra civil y conflictos religiosos; sin embargo, el estatuto tiene varias referencias al derecho internacional y **“el Tribunal ha señalado que el crimen de terrorismo debe ser interpretado en consonancia con este.** Las normas

15 [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/abunal/abunal\\_ph\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/abunal/abunal_ph_s.pdf)

16 <https://news.un.org/es/story/2007/02/1097301>

17 <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-Libano.pdf>

18 Ibidem.

procedimentales aplicables fueron adoptadas el 20 de marzo de 2009 y han sido modificadas en varias ocasiones. Es relevante indicar que las normas de **Tribunal permiten juicios en ausencia del inculpado**.<sup>19</sup> (resaltado agregado) “**Es el primer tribunal internacional con una oficina de defensa independiente con un estatus igual al de la de la oficina del fiscal**”<sup>20</sup> (resaltado agregado).

Este tribunal tiene competencias distintas a los de otros tribunales creados por el Consejo de Seguridad, que es necesario resaltar: (i) Es el primer tribunal internacional en juzgar crímenes solo bajo el derecho nacional; (ii) No juzga a autores de crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio como el resto de los tribunales internacionales; (iii) El mandato del tribunal se enfoca en un evento criminal específico, básicamente, el asesinato del ex primer ministro del Líbano Rafiq Hariri; y (iv) La inclusión del delito de terrorismo dentro de la competencia del Tribunal, por primera vez.

El 18 de agosto de 2020, la Sala de primera instancia del tribunal dio lectura a la primera sentencia dictada en el caso Ayyash y otros. La acusación “se dirigía contra cuatro acusados (Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra) alegándose en la misma que “los cuatro acusados (...) participaron en una conspiración con otros, incluido Mustafa Amine Bradreddine (falleció en 2006), para cometer un acto terrorista cuyo objetivo era asesinar al Sr. Hariri”<sup>21</sup>

En la sentencia se estima probados más allá de toda duda razonable cinco cargos

contra Salim Jamil Ayyash: conspiración para cometer acto terrorista, comisión de acto terrorista, homicidio con premeditación del ex primer ministro, homicidio de 21 personas y tentativa de homicidio intencional respecto de las 226 personas heridas. Condena a Ayyash a cadena perpetua y absuelve a los tres restantes.

El tribunal consideró fundamental la comprensión del contexto político en el momento del atentado contra Hariri. La opinión respecto de la sentencia fue vista de formas distintas; por ejemplo, el hijo de Hariri dijo que la sentencia era positiva pero que estaba convencido de la responsabilidad de Hezbolá. Para el secretario de la ONU la sentencia era positiva y el tribunal debía continuar con su labor, por lo cual el 25 de febrero de 2021, “la ONU comunicó que ha extendido por dos años el mandato del Tribunal Especial para el Líbano.”<sup>22</sup>

#### IV. EL ESTATUTO DE ROMA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Corte Penal Internacional, también conocida como Tribunal Penal Internacional, fue establecida el 17 de julio de 1998, cuando el Estatuto que lo crea fue suscrito en Roma, entrando en vigor el 1 de julio de 2002, luego que más de 60 países ratificaran el Estatuto, como estaba previsto en el artículo 126 del Estatuto:

“1. El presente Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo

19 Ibidem.

20 Ibidem.

21 <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/download/50369/29725/175863>

22 [https://www.swissinfo.ch/spa/hariri-asesinato\\_la-onu-extiende-por-dos-a%C3%B1os-el-mandato-del-tribunal-especial-para-el-%C3%ADbano/46401686](https://www.swissinfo.ch/spa/hariri-asesinato_la-onu-extiende-por-dos-a%C3%B1os-el-mandato-del-tribunal-especial-para-el-%C3%ADbano/46401686)

instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.<sup>23</sup>

2. Respecto de cada Estado que ratifique, acepte o apruebe el presente Estatuto o se adhiera a él después de que sea depositado el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.”<sup>24</sup>

Es un tribunal de justicia internacional de carácter permanente que tiene su sede en La Haya, Países Bajos, cuya misión es juzgar, *prima facie*, a las personas acusadas de haber cometido crímenes de genocidio, de guerra, de agresión y de lesa humanidad, siguiendo los procedimientos establecidos y con la organización prevista en el Estatuto de Roma.

Para llegar a este punto en el Derecho Internacional Humanitario, tuvieron que pasar muchos años desde que por vez primera se pretendió juzgar a personas individuales por crímenes de guerra y agresión. En el Tratado de Paz de Versalles, firmado el 28 de junio de 1919 entre los Países Aliados y Alemania, que puso fin oficialmente a la “Primera Guerra Mundial” (llamada

entonces “La Gran Guerra”) y entró en vigor el 10 de enero de 1920, se estableció, en la Parte VII del tratado (Sanciones), el juzgamiento por un tribunal especialmente constituido del ex Emperador de Alemania Guillermo II de Hohenzollern.

El artículo 227 del tratado establecía: “Las Potencias aliadas o asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, **por ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados.**

Un tribunal especial se constituirá para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. **El Tribunal se constituirá de 5 jueces, nombrados por cada uno de las 5 Potencias siguientes, a saber: Los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y el Japón.**

El Tribunal juzgará las causales inspirado en los principios más elevados de la política entre las Naciones, con el fin de asegurar el respeto de las obligaciones solemnes y los compromisos internacionales, así como la moral internacional, y le corresponderá determinar la pena que estime debe aplicársele. Las Potencias aliadas y asociadas<sup>25 26</sup> dirigirán al Gobierno de los

23 El país número 60 en ratificar el Estatuto fue Jordania, el 11 de abril de 2002, fecha en la que ratificaron también el Estatuto otros nueve países, sumando a dicha fecha 66 ratificaciones. Los países que ratificaron el Estatuto se pueden ver en: <https://www.pgaction.org/es/ilhr/rome-statute/states-parties.html>

24 CONADIH. Compilación de instrumentos internacionales, Derecho Internacional Humanitario, abril 2008. Pág. 738.

25 El Perú fue una de esas “Potencias Asociadas”. En la primera página de un texto del Tratado de Versalles que obra en el Archivo Nacional de Honduras, se lee: “ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, EL IMPERIO BRITÁNICO, FRANCIA, ITALIA Y EL JAPÓN, Potencias designadas en el Presente Tratado, como las Principales Potencias aliadas y asociadas, BÉLGICA, BOLIVIA, EL BRASIL, CHINA, CUBA, ECUADOR, GRECIA, GUATEMALA, HAITÍ, EL HEDJAZ, HONDURAS, LIBERIA, NICARAGUA, PANAMÁ, PERÚ, POLONIA, PROTUGAL, RUMANIA, EL ESTADO SERBO-CROATA-ESLOVENO, SIAM, CHECOSLOVAQUIA Y EL URUGUAY, Naciones que constituyen con las Potencias Principales mencionadas arriba, las Potencias aliadas y asociadas, por una parte, y ALEMANIA por la otra” (resaltado agregado). Versión digital en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/tratado-de-versalles/>

26 En una publicación del Congreso del Perú, que puede consultarse en: <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/exteriores/libroweb/cap6.htm#:~:text=El%20Per%C3%BA%20estuvo%20representa->

Países Bajos una solicitud rogándole la entrega del ex – Emperador a efecto de que sea juzgado.”<sup>27</sup> (resaltado agregado).

Guillermo II abdicó como emperador de Alemania y rey de Prusia el 9 de noviembre de 1918 y la reina Guillermina de los Países Bajos le concedió asilo político. “En respuesta a los esfuerzos de los Aliados por juzgar al káiser, la reina convocó a los embajadores ante su presencia y les leyó los derechos de asilo.”<sup>28</sup>

En esta parte VII del Tratado de Versalles, se dijo también que las Potencias aliadas y asociadas tenían el derecho de “llevar ante sus tribunales militares a los acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra” y la obligación de Alemania de entregar a las personas que hayan cometido tales conductas (Art. 228).<sup>29</sup>

Conforme al artículo 229, “Las personas culpables de actos criminales contra súbditos de varias Potencias aliadas y asociadas **comparecerán ante tribunales militares, compuestos de miembros pertenecientes a los tribunales militares de las Potencias interesadas** (resaltado agregado). En todo caso, el acusado tendrá derecho a designar por sí mismo a su abogado” y la obligación

del gobierno alemán de suministrar todos los documentos y datos, “sea cual fuere su naturaleza, cuya presentación se considere necesaria para el conocimiento pleno de los hechos delictivos, el descubrimiento de los culpables y la apreciación exacta de las responsabilidades” (Art. 230).<sup>30</sup>

Los antecedentes más directos para la creación de la Corte Penal Internacional, no obstante, se encuentran en la formación del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, el 8 de agosto de 1945, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, el 19 de enero de 1946, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el 25 de mayo de 1993 y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el 8 de noviembre de 1994.

El Estatuto consta de un preámbulo, está dividido en XIII partes y tiene 128 artículos.<sup>31</sup> En cuanto al preámbulo, deseamos resaltar algunos aspectos señalados en él, como el hecho que se haga referencia a los “millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” a consecuencia de las guerras, que se han producido en el siglo XX y se producen hoy mismo; que, “**los crímenes más graves** de trascendencia para

---

do%20por,17%20de%20noviembre%20de%201919. Se dice que el Tratado de Versalles fue suscrito, en nombre del Perú, por el doctor Francisco García Calderón Rey (Hijo del presidente Francisco García Calderón Landa) y fue discutido en la Asamblea Nacional del Perú y aprobado unánimemente el 17 de noviembre de 191. En el texto del tratado aparece, tanto al inicio como firmando al final, páginas 8 y 255: “Carlos G. Candamo, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario del Perú en París.

27 Textos enteros del Tratado de Versalles pueden encontrarse, además, en: [https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/\(con una traducción poco fiable\) y en versión más apropiada](https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/(con%20una%20traducci3n%20poco%20fiable)%20y%20en%20versi3n%20m3s%20apropiada) en: [https://www.iri.edu.ar/revistas/revista\\_dvd/revistas/cd\\_revista\\_47/historia/Tratado\\_de\\_Versalles.pdf](https://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/cd_revista_47/historia/Tratado_de_Versalles.pdf)

28 [https://es.wikipedia.org/wiki/Guillermina\\_de\\_los\\_Pa%C3%ADses\\_Bajos](https://es.wikipedia.org/wiki/Guillermina_de_los_Pa%C3%ADses_Bajos)

29 [https://www.iri.edu.ar/revistas/revista\\_dvd/revistas/cd\\_revista\\_47/historia/Tratado\\_de\\_Versalles.pdf](https://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/cd_revista_47/historia/Tratado_de_Versalles.pdf)

30 Ibidem.

31 CONADIH, Ob. Cit., Págs. 664 a 738.

la comunidad internacional en su conjunto **no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional** e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia” (resaltado agregado); que, a ese propósito resultaba prioritario **“establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto... (con carácter) complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.”** (resaltado agregado).

Conforme al artículo 1 del Estatuto, la Corte Penal Internacional (La Corte), es una institución permanente, con jurisdicción para juzgar a personas que hayan cometido *“crímenes más graves de trascendencia internacional”*, señalados en el Estatuto que rige su funcionamiento, **con carácter complementario a las jurisdicciones penales nacionales.**

La Corte está vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo aprobado por la *“Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto”* y que concluyó su presidente (Art. 2). Su sede se halla en La Haya, Países Bajos (Art. 3). La Corte tiene personalidad jurídica internacional y la capacidad que sus altos fines requieren (Art. 4).

En la segunda parte del Estatuto se hallan las conductas consideradas como crímenes en el DIH. En el artículo 5 se señalan los crímenes o delitos de la competencia de la Corte; estos son: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; y d) El crimen de agresión. En el artículo 6 se describen las conductas que se entenderán como genocidio, **“perpetrados con la intención de destruir**

**total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”.**

En el artículo 7 se prevén las conductas que importan crímenes de lesa humanidad, **“cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.** En el mismo artículo, párrafo 2., se explica que se entiende por “ataque contra una población civil”, “exterminio”, “esclavitud”, “deportación o traslado forzoso de población”, “tortura”, “embarazo forzado”, “persecución”, “crimen de apartheid”, “desaparición forzada de personas” y “género”.

En el artículo 8 del Estatuto se señalan las conductas que se tipifican como crímenes de guerra, de los que La Corte tiene competencia, particularmente **“cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.**

En el párrafo 2 del artículo 8 se señalan cuáles son estas conductas, que son muchas, pudiendo decir nosotros que son crímenes de guerra las *“Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”.* En ese mismo párrafo se hace referencia a los crímenes de guerra que surgen del empleo de ciertas armas prohibidas; entre ellos se encuentran: Emplear veneno o armas envenenadas; gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos; balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones; armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados; armas que utilicen agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas,

sea cual fuere su origen o modo de producción; cualquier arma cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos que no puedan localizarse por rayos X en el cuerpo humano; y armas láser específicamente concebidas, como única o una más de sus funciones de combate, para causar ceguera permanente a la vista no amplificada, es decir, al ojo descubierto o al ojo provisto de dispositivos correctores de la vista.

Son también crímenes de guerra “cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”; los actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y “cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”; igualmente, “dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional”; “reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”, entre otros.

Cuando se elaboró el Estatuto, el crimen de agresión estaba apenas referido,

estableciéndose en el inciso 2 del artículo 5: “La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123<sup>32</sup> en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.”

En efecto, tras el trabajo inicial de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional y después de su disolución del Grupo Especial de Trabajo sobre el Crimen de Agresión, que integraba la Comisión Preparatoria de la CPI, se elaboró un largo informe al respecto, que finalmente los Estados Parte lo asumieron y se produjeron las correspondientes enmiendas, tras la **resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010**, que agregó al Estatuto el artículo 8 bis sobre crimen de agresión.

Siempre dentro de esta Parte II del Estatuto, se trata sobre la competencia temporal de la CPI (artículo 11), que está vigente desde la entrada en vigor del Estatuto, el 1 de julio de 2002, para los Estados que lo ratificaron antes de esa fecha y para los demás que se adhirieron posteriormente desde la fecha de su adhesión.

32 “Artículo 121 Enmiendas

1. Transcurridos siete años desde la entrada en vigor del presente Estatuto, cualquier Estado Parte podrá proponer enmiendas a él. El texto de toda enmienda propuesta será presentado al Secretario General de las Naciones Unidas, que lo distribuirá sin dilación a los Estados Partes. (resaltado agregado).

2. Transcurridos no menos de tres meses desde la fecha de la notificación, la Asamblea de los Estados Partes decidirá en su próxima reunión, por mayoría de los presentes y votantes, si ha de examinar la propuesta, lo cual podrá hacer directamente o previa convocación de una Conferencia de Revisión si la cuestión lo justifica”.

“Artículo 123 Revisión del Estatuto

1. Siete años después de que entre en vigor el presente Estatuto, el Secretario General de las Naciones Unidas convocará una Conferencia de Revisión de los Estados Partes para examinar las enmiendas al Estatuto. El examen podrá comprender la lista de los crímenes indicados en el artículo 5 pero no se limitará a ellos. La Conferencia estará abierta a los participantes en la Asamblea de los Estados Partes y en las mismas condiciones que ésta.” (resaltado agregado).

De acuerdo con el Estatuto, el ejercicio de la competencia de la CPI se produce por tres vías: (i) Cuando un Estado Parte remite al fiscal una comunicación de un hecho en que parezca haberse cometido un crimen de competencia de La Corte; (ii) Cuando el Consejo de Seguridad de la ONU remite al fiscal una situación en que parezca haberse cometido un crimen de su competencia; y (iii) Cuando el fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de competencia de La Corte, del que ha tomado conocimiento por sí mismo.

Se señala también en la Parte II del Estatuto las atribuciones del fiscal, las acciones que debe tomar al recibir la notitia críminis, las cuestiones de admisibilidad, entre otras disposiciones, que no es de nuestro interés resaltar; no obstante, nos parece interesante anotar aquí cual es el Derecho aplicable por La Corte a los crímenes de su competencia, que según el artículo 21 del Estatuto son:

*“a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;*

*b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;*

*c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.”* (resaltado agregado).

El Estatuto contiene más partes, sobre los principios generales del Derecho

aplicables, su organización, los procedimientos judiciales a seguir, etc., que no es del caso señalar aquí.

## V. LA NATURALEZA NO AUTOEJECUTIVA DEL DIH Y LA NECESIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DE SUS NORMAS.

Los Estados que firman convenciones sobre DIH necesitan la implementación de dichos convenios, por lo menos en tres aspectos:

- (i) La tipificación en sus códigos penales internos, como crímenes (delitos), de las conductas que afectan al DIH, dado que las previstas como tales en los convenios sobre la materia no pueden aplicarse directamente en el derecho interno, por no ser auto ejecutivas. En el Perú no se ha realizado esta labor, no obstante haber transcurrido veintiún años desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que es lo que precisamente inspira este artículo.
- (ii) La difusión de las normas y alcances del DIH entre los integrantes de las Fuerzas Armadas (FFAA) y personas vinculadas con el quehacer castrense. En este punto, el Perú ha dado pasos importantes, por cuanto:
  - a. Mediante Resolución Suprema N° 234-2001-JUS el 1° de junio de 2001, fue creada La Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario (CONA-DIH), dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, teniendo como finalidad: “i) Elaborar estudios y formular recomendaciones para promover la observancia y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario

(DIH), ii) Contribuir a la supervisión de la observancia de las disposiciones del DIH, y iii) Impulsar la difusión de las normas y principios del DIH.”<sup>33</sup>

El CONADIH, entre otras cosas, organiza el Curso Anual de Derecho Internacional Humanitario Miguel Grau, desde 2006.

- b. En febrero de 2003 se creó el Centro del Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de las Fuerzas Armadas del Perú, como el primer centro de esta naturaleza a nivel de América del Sur.

En este Centro se dictan los cursos básico, avanzado y superior sobre DIH y DDHH, a los cuales han asistido hasta la fecha miles de participantes; incluso “oficiales de las Fuerzas Armadas de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México y Venezuela, cuyos países confían en el criterio y nivel de enseñanza de la Institución.

Debido a ello, desde el año 2014, el Centro es el encargado de llevar a cabo, en coordinación con la Delegación Peruana del Consejo de Defensa Suramericano – UNASUR, el Curso Suramericano en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, dirigido a funcionarios del Sector Defensa de los países miembros de dicha organización.”<sup>34</sup>

- c. **La integración de asesores jurídicos entendidos en DIH dentro de las**

**FFAA.** En este aspecto, un significativo número de abogados militares se han formado en el Centro de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de las FFAA o han participado en cursos sobre Derecho Operacional y, algunos más, han seguido cursos en el Instituto Internacional de Derecho Humanitario, en San Remo, Italia.

Como puede apreciarse, falta lo más esencial: tipificar en el Código Penal peruano los crímenes o delitos contra el DIH y revisar y corregir los tipos penales existentes en el Código Penal Militar Policial.

En el preámbulo del Estatuto de Roma se señala: “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, **hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia**” (resaltado agregado); igualmente, se dice en el preámbulo: “Recordando que **es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales.**”<sup>35</sup> (resaltado agregado)

La propia Organización de Estados Americanos, en su Resolución de la Asamblea General AG/RES.2279 (XXXVII-O/07) “Promoción de la Corte Penal Internacional”, de 5 de junio de 2007,<sup>36</sup> dijo:

“3. **Recordar a los Estados Miembros de la Organización que son Parte**

33 <https://www.minjus.gob.pe/conadih/>

34 <https://www.icrc.org/es/document/peru-quince-anos-del-centro-de-derecho-internacional-humanitario-para-las-fuerzas-armadas>.

35 CONADIH. Ob. Cit., pág. 664.

36 CONADIH. Ob. Cit., págs. 739 a 742.

**del Estatuto de Roma la importancia de adaptar o realizar los cambios necesarios en su legislación interna para su efectiva e íntegra implementación, incluyendo asimismo las adecuaciones pertinentes de conformidad con los instrumentos correspondientes del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario que sean aplicables.” (resaltado agregado).**

“5. Exhortar a los Estados Miembros de la Organización a que consideren la ratificación o adhesión, según sea el caso, del Acuerdo sobre Privilegios e Inmidades de la Corte Penal Internacional y, **en el caso de aquellos Estados que ya son Parte de dicho Acuerdo, a realizar lo conducente para su efectiva e íntegra aplicación en el ámbito nacional.” (resaltado agregado).**

“8. **Solicitar al Comité Jurídico Interamericano** que, conforme a la información recibida y actualizada por los Estados Miembros, así como las recomendaciones contenidas en el informe CP/doc. 4194/07 y las legislaciones de cooperación existentes, **elabore una legislación modelo sobre cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional, tomando en cuenta los diferentes sistemas jurídicos que existen en el Hemisferio** y que la haga llegar a la Asamblea General en su trigésimo octavo período ordinario de sesiones.” (resaltado agregado).

## VI. EL DIH EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

El Perú ha suscrito y ratificado todas las convenciones que sobre DIH se han formulado en el mundo en el siglo XX y lo que va del siglo XXI. Varias de esas convenciones

contienen sanciones para los responsables de atentar contra el DIH, pero ello no se vislumbra en su legislación penal vigente.

### VI.1. Tratamiento del Derecho de gentes en el Código Penal del Estado Sur- peruano

El primer Código Penal que tuvo vigencia en parte del territorio peruano, fue el “*Código Penal Santa-Cruz del Estado Sud-peruano*”,<sup>37</sup> en el que, en el Título II (De los delitos contra la seguridad exterior del Estado), Capítulo II, “De los delitos contra el Derecho de Gentes” (artículos 161 a 174), se previó que atentar contra la vida de “un ministro extranjero enviado cerca del gobierno Sud- peruano” se castigaba, si se consumaba el delito, **con pena de muerte**; la tentativa con cuatro a diez años de prisión (Art. 161). Como este artículo, los siguientes están relacionados con el Derecho de gentes; es decir, con el Derecho Internacional Público, pero no propiamente con el DIH, aun cuando nos llama la atención que, en este Código se tratara sobre prisioneros de guerra:

“170. Todos los que delinquieren contra las personas, honra o propiedades de los extranjeros domiciliados, o transeúntes en el Estado Sud Peruano, serán castigados como si delinquieran contra los sud peruanos, aunque esté declarada la guerra contra la nación a que pertenezca el extranjero. **Compréndase en esta disposición (a) los prisioneros de guerra, los cuales están igualmente bajo la protección de las leyes, salvos los derechos de represalia, y lo que exija de las autoridades la seguridad pública.” (resaltado agregado).**

Llama también nuestra atención, que los artículos 172 y 174 estuviesen referidos

37 Código Penal Santa-Cruz del Estado Sud- peruano, Cusco: Imp. Particular dirigida por Pedro Evaristo Gonzales, 1836. (Una copia de este código existe en la biblioteca del Congreso de la República- CI/346C1/P45).

a las prohibiciones en el Estado Sud Peruano de conductas esclavistas:

**“172. El funcionario público de cualquier clase que entregase o hiciera entregar a un gobierno o a un particular, a un esclavo asilado en el Estado Sud Peruano o que permitiese su venta, sufrirá de 1 a 4 años de prisión.”**

**“174. Los que por mar o por tierra introdujeran para venta esclavos en el Estado Sud Peruano, sufrirán de 2 a 4 años de reclusión y una multa equivalente a la sexta parte del valor de dichos esclavos, quedando libres estos.** Los que a sabiendas comprasen esclavos de los así introducidos, sufrirán las mismas penas, quedando también libres dichos esclavos.” (resaltado agregado).

Cabe resaltar en esta normatividad, que por primera vez se hace alusión a **“los prisioneros de guerra, los cuales están igualmente bajo la protección de las leyes”**. Los prisioneros de guerra, particularmente desde la suscripción del III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, son un asunto central en el tratamiento del Derecho Internacional Humanitario moderno.

## **VI.2. Tratamiento del Derecho de gentes en el Código Penal peruano de 1863**

Después de más de cuarenta años de su independencia, el Perú contó con un Código Penal y otro de Procedimientos en materia criminal en 1863.

Los antecedentes más cercanos para la promulgación del primer Código Penal en

el Perú se remontan al 6 de octubre de 1856, cuando la Convención Nacional resolvió nombrar una comisión de cinco personas para que revisaran el proyecto de Código Penal y formaran otro de Procedimientos en materia criminal. El 6 de abril de 1857 se nombró para esa labor a los doctores José Simeón Tejada, José Gálvez Egúsqüiza, Ignacio Noboa y Benavides, Tomás Lama y al señor Santiago Távara.

El 8 de mayo de 1861 se resuelve nombrar una “Comisión Codificadora”, para la revisión del Código Penal y el de Procedimientos en materia criminal, recayendo esta comisión en los senadores doctores Manuel Macedo, José Silva Santisteban, Juan de la Cruz Lizárraga y los diputados doctores José María Pérez, Epifanio Serpa, Isac Suero y Evaristo Gómez Sánchez.

El 23 de setiembre de 1862 se aprobaron por el Congreso de la República ambos proyectos y el 1 de octubre de ese mismo año el presidente de la República, Ramón Castilla, dispuso su impresión y publicación. Al producirse demoras en su publicación, el Congreso, el 5 de enero de 1863, resolvió que su promulgación ocurriese el 1 de marzo, lo cual ocurrió finalmente el 10 de marzo de dicho año.<sup>38</sup>

En la parte especial del Código Penal de 1863,<sup>39</sup> en la Sección Segunda del Libro Segundo (De los delitos contra la seguridad exterior del Estado), más precisamente en el Capítulo 3, estaba el tratamiento penal “De los delitos contra el Derecho de Gentes”, artículos del 118 al 124.

38 Todas esas normas se hallan en el Archivo Digital del Congreso de la República: <https://www.leyes.congreso.gob.pe>

39 Código Penal del Perú. Edición oficial, Lima, Imprenta calle de la Rifa N° 58, 1862. Hay un ejemplar en la biblioteca del Congreso de la República. (CI/344C2/1862).

En el artículo 118 se especificaban los cuatro aspectos básicos de lo que en ese Código se entendía por violación del Derecho de Gentes:

“Art.118. - Son reos del delito contra el derecho de gentes

- 1°. Los piratas;
- 2°. Los que sin autorización del gobierno cometan hostilidades contra otra nación;
- 3°. Los que violan armisticio, tregua u otra convención legítima del Perú con otra potencia;
- 4°. Los que violan el domicilio de algún agente diplomático.”

Si bien es cierto que el moderno Derecho Internacional Humanitario nació con el “Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña”, con anterioridad a él existían los llamados usos y costumbres de la guerra que se aplicaban en contextos de conflictos armados, que de hecho son el sustento del actual Derecho Internacional Humanitario convencional y consuetudinario, que no fueron tomados en cuenta en este código.

### **VI.3. Tratamiento del Derecho de gentes en el Código Penal peruano de 1924**

En los llamados delitos contra la seguridad pública, Título III, artículo 272, se tipificó el delito de piratería. La pena conminada para dicho delito era penitenciaria o prisión no menor de tres años, pero mediante la muerte de alguna persona la pena era no menor de diez años. Los supuestos de hecho se describen en ocho incisos, llamando la atención la redacción de algunos de ellos como:

“1°.- El que practicare en el mar o en los ríos de la República algún acto de

depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o sin que el buque, por medio del cual ejecute el acto, pertenezca a la marina de guerra de una potencia reconocida;”

“2°.- El que, abusando de una patente de corso legítimamente concedida, practicar algún acto de depredación o cualquier hostilidad contra buques de la República o de otra nación para hostilizar a la cual no estuviese autorizado;”

En este Código como en el que lo antecedió, se tipificaron como delitos solo conductas relacionadas con el Derecho Internacional Público, pero, otra vez, no se tomó en cuenta, ya no solo los usos y costumbres de la guerra, común a muchos países, sino las convenciones que hasta 1924 había suscrito el Perú sobre Derecho Internacional Humanitario, como:

“Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña”;

El Convenio de la Haya de 1899 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sobre la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864;

El “II Convenio de Ginebra de 1906” y la revisión de los Convenios de La Haya de 1899 y la aprobación de nuevos Convenios de 1907, relativos a: (i) Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; (ii) Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; (iii) Convención relativa a los derechos y a los deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre;

(iv) Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto; (v) Convención relativa a ciertas restricciones en cuanto al derecho de captura en la guerra marítima; y (vi) Convención relativa a los derechos y a los deberes de las potencias neutrales en la guerra marítima.

Todo ello, no obstante que en la Conferencia de La Haya de 1907 participaron, entre otras, **17 delegaciones de países latinoamericanos, entre ellos el Perú** y personajes ilustres como Roque Saenz Peña<sup>40</sup> en representación de Argentina; no obstante, ninguno de estos convenios fue tomados en cuenta para la tipificación de los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario.

#### **VI.4. Tratamiento del Derecho de gentes en el Código Penal peruano de 1991**

En el Título XIV-A, incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 26926, publicada el 21 de febrero de 1998, se incluyeron en el Código Penal Común los “Delitos contra la humanidad”:

##### **Genocidio - Modalidades**

**Artículo 319.-** Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes:

1. Matanza de miembros del grupo.
2. Lesión grave a la integridad física o mental a los miembros del grupo.

3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial.
4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
5. Transferencia forzada de niños a otro grupo.

##### **“Artículo 320.- Desaparición forzada de personas**

El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma priva a otro de su libertad y se haya negado a reconocer dicha privación de libertad o a dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de treinta años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2). La pena privativa de libertad es no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2), cuando la víctima:

- a) Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.
- b) Padece de cualquier tipo de discapacidad.
- c) Se encuentra en estado de gestación.”  
Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1351, publicado el 7 de enero de 2017.

##### **“Artículo 321.- Tortura**

El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o

40 Roque José Antonio del Sagrado Corazón de Jesús Sáenz Peña Lahitte (Bs. As. 19 de marzo de 1851 – 9 de agosto de 1914). Con el grado de teniente coronel peleó por el Perú en la guerra con Chile y estuvo en Tarpacá y Arica, donde fue hecho prisionero, siendo liberado seis meses después por gestiones del gobierno argentino. Abogado de profesión llegó a ejercer la presidencia de Argentina en 1910, cargo en el que murió. El Perú le otorgó el grado de general de brigada y estuvo presente en la inauguración del monumento a Bolognesi en 1905.

aquiescencia de aquel, que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona o la somete a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de catorce años. La pena privativa de libertad es no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando la víctima:

- a. Resulte con lesión grave.
- b. Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.
- c. Padece de cualquier tipo de discapacidad.
- d. Se encuentra en estado de gestación.
- e. Se encuentra detenida o recluida, y el agente abusa de su condición de autoridad para cometer el delito. Si se produce la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.”

Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1351, publicado el 7 de enero de 2017.

### **Cooperación de profesional**

**Artículo 322.-** El médico o cualquier profesional sanitario que cooperara en la perpetración del delito señalado en el artículo anterior, será reprimido con la misma pena de los autores.

“Capítulo IV, incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 27270, publicada el 29 de mayo de 2000.

### **DISCRIMINACIÓN**

“Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación

El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el

reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas. Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.” Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1323, publicado el 6 de enero de 2017.

### **MANIPULACIÓN GENÉTICA**

“**Artículo 324.-** Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 4 y 8.” Artículo modificado y Capítulo V incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 27636, publicada el 16 de enero de 2002.

La inclusión de estos tipos penales no ha obedecido a cumplir con las cláusulas pertinentes de las convenciones suscritas por el Perú sobre DIH, sino que han ocurrido por la suscripción de tratados desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948;
- Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General;
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado por la ONU el 10 diciembre 1984.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado el 21 de diciembre de 1965.
- Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, aprobado el 11 de noviembre de 1997.

En este Código se prevén los delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, particularmente, los delitos “QUE COMPROMETEN LAS RELACIONES EXTERIORES DEL ESTADO”, pero ninguna cláusula relativa al DIH.

## VII. TRATAMIENTO DEL DERECHO DE GENTES EN LOS CÓDIGOS DE JUSTICIA MILITAR

### VII.1. Código de Justicia Militar de 1898<sup>41</sup>

En este código, la violación del Derecho de gentes estaba inmerso en el título

sobre “Delitos Contra la seguridad de la Patria”, pero, aparte de las cláusulas referidas al Derecho Internacional Público, hay otras referidas al DIH, entonces entendido como usos y costumbres de la guerra.

Al tiempo de promulgarse este Código, el 20 de diciembre de 1898, ya se tenía conocimiento de los alcances de la I Convención de Ginebra de 1864 y la Declaración de san Petersburgo de 1868, sobre prohibición del uso de determinados proyectiles. En este Código encontramos cláusulas sobre DIH:

“**Art. 234.-** Sufrirá pena de reclusión en primer grado, el militar que, en tiempo de guerra, cometa cualquiera de los delitos siguientes:

- 1°. Obligar a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, maltratarlos de obra, injuriarlos gravemente, o privarlos de la curación o el alimento necesario.
- 2°. Atacar, sin necesidad, hospitales o asilos de beneficencia, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos.
- 3°. Destruir, en territorio amigo o enemigo, templos, bibliotecas, museos, archivos, acueductos u obras notables de arte, así como vías de comunicación telegráfica o de otra clase, sin exigirlo las operaciones de guerra.
- 4°. Saquear o devastar, según el artículo 328.<sup>42</sup>
- 5°. Ofender de obra o de palabra a un parlamentario.

41 Código de Justicia Militar del Perú, promulgado por el presidente Nicolás Piérola el 20 de diciembre de 1898. Edición oficial. Oficina tipográfica “El Tiempo”, Lima, 1899.

42 Art. 328.- “Será castigado con pena de cárcel en segundo grado y degradación, todo saqueo o destrozo de géneros, mercancías o efectos, cometido por militares en cuadrilla, y en propio provecho, ya con armas o a viva fuerza, ya con fractura de puertas y cerraduras exteriores, ya con violencia contra las personas. El saqueo en cuadrilla será castigado con pena de cárcel en primer grado, en todos los demás casos.

“**Art. 235.-** Las infracciones de los convenios internacionales, serán penados con arreglo a las leyes especiales que rigieren sobre ellos.”

## VII.2. Código de Justicia militar de 1939<sup>43</sup>

Este Código se promulgó mediante Ley N° 8991, vigente desde el 1 de diciembre de 1939. En la sección tercera (Delitos contra la seguridad del Estado), título cuarto, de la violación del Derecho de gentes, se tipificaron conductas contra el Derecho Internacional Público, pero también contra el DIH, con más amplitud que su predecesor. Señalemos los artículos pertinentes:

“**Art. 236.-** Los que ultimen, maltraten o vejen al enemigo rendido o herido, que no haga resistencia, serán castigados con prisión o reclusión militar, según la gravedad del caso.”

**Art. 237.- Serán castigados con reclusión los que, en tiempo de guerra, cometan cualquiera de los delitos siguientes:**

- 1°. **Obligar a los prisioneros de guerra** a combatir contra sus banderas o utilizarlos como parapeto, maltratarlos de obra, injuriarlos gravemente, o privarlos de la curación o el alimento necesarios;
- 2°. **Atacar, sin necesidad absoluta, hospitales, asilos de beneficencia, templos, conventos cárceles o casas de agentes diplomáticos o de cónsules**

extranjeros, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos.

- 3°. **Destruir**, en territorio amigo o enemigo y sin que los exijan las necesidades de la guerra, **bibliotecas, archivos, acueducto u obras notables de arte;**
- 4°. Destruir, innecesariamente, edificios u otras propiedades, **saquear a los habitantes o cometer actos de violencia o afrentosos contra ellos;**
- 5°. **Despojar a los muertos o heridos en combate**, a los prisioneros o a los individuos de un buque apresado o sometidos a visita... (resaltado agregado).

“**Art. 238.- Los que a sabiendas hagan fuego contra miembros de la Cruz Roja**, cuando en combate, campo de batalla o acción de armas llenan los fines de su Institución y lleven los distintivos correspondientes, serán castigados con penitenciaría o prisión, según sean los efectos del delito.” (resaltado agregado).

## VII.3. Código de Justicia Militar de 1950<sup>44</sup>

Aprobado mediante Decreto-Ley N° 11380, de 29 de mayo de 1950, ratificado por la Ley N° 11490, de 1° de setiembre de 1950. En este Código el tratamiento del DIH es semejante al Código de 1939:

“**Art. 198.-** Los que ultimen, maltraten o vejen al enemigo rendido o herido que no haga resistencia, serán castigados con

Sin embargo; si en los casos previstos en el acápite primero hubiese entre los culpables uno o varios instigadores, uno o varios militares con grado, no se impondrá la pena de cárcel en segundo grado, más que a los instigadores y a los militares de mayor graduación.

Los demás culpables serán condenados a la pena de cárcel en primer grado.”

43 Ley N° 8991, promulgada por el presidente Oscar R. Benavides el 19 de octubre de 1939, tomada del Anuario de la Legislación Peruana.

44 Código de Justicia Militar de 1959. Edición del Ministerio de Guerra de 1961.

prisión o reclusión militar, según la gravedad del caso.”

“**Art. 199.**- Serán castigados con reclusión los que, en tiempo de guerra, cometan cualquiera de los delitos siguientes:

- 1°. Obligar a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas o utilizarlos como parapetos, maltratarlos de obra, injuriarlos o privarlos de la curación o alimentos necesarios;
- 2°. **Atacar, sin necesidad absoluta, hospitales, asilos de beneficencia, templos, conventos, cárceles, casas de agentes diplomáticos o de cónsules extranjeros, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos.**
- 3°. **Destruir**, en territorio amigo o enemigo, sin que los exijan las necesidades de la guerra, **bibliotecas, archivos, acueducto u obras notables de arte;**
- 4°. Destruir, innecesariamente, edificios u otras propiedades, **saquear a los habitantes o cometer actos de violencia o afrentosos contra ellos;**
- 5°. **Despojar a los muertos o heridos en combate, a los prisioneros** o a los individuos de un buque apresado o sometido a visita;” (resaltado agregado).

“**Art. 200.**- Los que, a sabiendas, **hagan fuego a miembros de la Cruz Roja** cuando en combate, campo de batalla o acción de armas llenan los fines de su Institución y lleven los distintivos correspondientes, serán castigados con penitenciaría o prisión, según sean los efectos del delito.” (resaltado agregado).

#### **VII.4. Código de Justicia militar de 1963<sup>45</sup>**

Este Código fue aprobado por Decreto Ley 14613, Promulgado el 25 de julio de 1963. En el tratamiento del DIH siguió los mismos pasos que el Código de 1950.

“**Art. 96.- Los que ultimén, maltraten o vejen al enemigo rendido o herido** que no haga resistencia, serán reprimidos con prisión o reclusión militar, según la gravedad del caso.” (resaltado agregado).

“**Art. 97.-** Serán reprimidos con reclusión los que, en tiempo de guerra, cometan cualquiera de los delitos siguientes:

- 1°. **Obligar a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, o utilizarlos como parapetos, maltratarlos de obra, injuriarlos o privarlos de la curación o alimentos necesarios;**
- 2°. **Atacar, sin necesidad alguna, hospitales, asilos de beneficencia, templos, conventos, cárceles, casas de agentes diplomáticos o de cónsules extranjeros, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos.**
- 3°. **Destruir**, en territorio amigo o enemigo, sin que los exijan las necesidades de la guerra, **bibliotecas, archivos, acueducto u obras notables de arte;**
- 4°. Destruir innecesariamente edificios u otras propiedades, **saquear a los habitantes o cometer actos de violencia o afrentosos contra ellos;**
- 5°. **Despojar a los prisioneros o a los individuos de un buque o aeronave apresada** o sometida a visita; “(resaltado agregado).

45 CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR. Decreto Ley N° 14613, promulgado el 25 de julio de 1963, Lima, julio de 1963.

“**Art. 98.**- Los que, a sabiendas, **hagan fuego a miembros de la cruz roja** cuando en combate, campos de batalla o acción de armas llenan los fines de su instituto y lleven los distintivos correspondientes, serán castigados con penitenciaría o prisión, según sean los efectos del delito.” (resaltado agregado).

### VII.5. Código de Justicia Militar de 1980<sup>46</sup>

Este Código fue aprobado por Decreto- Ley N°23214, promulgado el 24 de julio de 1980, modificado por la Ley N° 26677, de 26 de setiembre de 1996. Se repiten las mismas cláusulas de los códigos de 1950 y 1963:

#### “ARTÍCULO 94

Los que **ultimen, maltraten o vejen al enemigo rendido o herido** que no haga resistencia, serán reprimidos con prisión o reclusión militar, según la gravedad del caso.” (resaltado agregado).

#### “ARTÍCULO 95

Serán reprimidos con reclusión los militares que en tiempo de guerra cometan, cualesquiera de los actos siguientes:

1. **Obligar a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas o utilizarlos como parapetos, maltratarlos de obra, injuriarlos o privarlos de la curación o alimentos necesarios;**
2. **Atacar sin necesidad alguna, hospitales, asilos de beneficencia, templos, conventos, cárceles, casas de agentes**

diplomáticos o de cónsules extranjeros, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos:

3. **Destruir** en territorio amigo o enemigo, sin que lo exijan las necesidades de la guerra, **bibliotecas, archivos, acueductos u obras notables de arte;**
4. **Destruir** innecesariamente edificios y otras propiedades, **saquear a los habitantes o cometer actos de violencia o afrentosos contra ellos;**
5. **Despojar a los prisioneros o a los individuos de un buque o aeronave apresada** o sometida a visita;” (resaltado agregado).

#### “ARTÍCULO 96

Serán sancionados con prisión o penitenciaría, los militares que a sabiendas **hagan fuego contra miembros de la Cruz Roja** que cumplen los fines de su Institución y porten los distintivos correspondientes, sea en combate, campos de batalla o acción de armas.” (resaltado agregado).

### VII.6. Código de Justicia Militar Policial<sup>47</sup>

Este Código, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 961, promulgado el 10 de enero de 2006, tiene una estructura diferente, que abarca todas las aristas de protección de las conductas que afectan el DIH; de hecho, el Título donde se prevén estas conductas específica: Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. Los capítulos que contenía este Código, en este extremo, contemplaba los siguientes capítulos:

46 CONSEJO SUPREMO DE JSUTICIA MILITAR. Decreto Ley N° 23214, Lima, 1998.

47 Decreto Legislativo N° 961, publicado en Normas Legales de El Peruano, Separata Especial, 11 de enero de 2006.

Capítulo I: Delitos contra las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario perpetrados por personal militar o policial

Capítulo II: Delitos de empleo de métodos prohibidos en la conducción de hostilidades

Capítulo III: Delitos contra el patrimonio y otros derechos

Capítulo IV: Delitos contra operaciones humanitarias y emblemas

Capítulo V: Delitos de empleo de medios prohibidos en la conducción de hostilidades

Gran parte de los artículos referidos al DIH en este Código fueron declarados inconstitucionales por el “Resolutivo 1 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Expediente N° 0012-2006-PI-TC, publicado el 08 enero 2007”,<sup>48</sup> de forma que quedaron sin vigencia.

### VII.7. Código Penal Militar Policial de 2010<sup>49</sup>

En este código, al igual que en el código de 2006, se estructuró los tipos penales siguiendo las materias a proteger en el DIH, pero también fue materia de una demanda de inconstitucionalidad (Exp. N° 0022-2011-PI/TC),<sup>50</sup> habiendo sido declarados inconstitucionales varios artículos y quedando algunos como conformes a la Constitución, necesitándose reformular algunas conductas que afectan al DIH.

### VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

- a. El Perú ha suscrito y ratificado casi la totalidad de los tratados sobre DIH que se han aprobado en el mundo en el Siglo XX y lo que va del siglo XXI; no obstante, las conductas que afectan al DIH no han sido previstos como delitos en ninguno de los códigos penales que se han sucedido en el país.
- b. En el Código Penal de 1991, se han tipificado como delitos el genocidio, la desaparición forzada de personas, la tortura, la discriminación y la manipulación genética, pero como parte de los tratados sobre Derechos Humanos que el Perú ha suscrito, no habiéndose considerado ningún delito que afecte al DIH propiamente, manteniendo el Código la misma tipificación de conductas referidas al Derecho Internacional Público, en calidad de Estado.
- c. En los códigos de justicia militar de 1989, 1939, 1950, 1963 y 1980 se han considerado, como delitos, conductas que afectan al DIH, aun cuando los textos hagan alusión al Derecho de gentes, que es el antecedente del Derecho Internacional Público.
- d. En el Código de Justicia Militar Policial de 2006 y en el Código Penal Militar Policial de 2010, se consideraron, como delitos, de forma estructurada, las conductas que afectan al DIH; no obstante, ambos códigos fueron demandados por inconstitucionalidad,

48 <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>

49 Decreto legislativo N° 1094, Código Penal Militar Policial, Biblioteca Jurídica del Fuero Militar Policial, tercera edición, octubre 2011.

50 <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00022-2011-AI.pdf>

- quedando derogados casi la totalidad de los tipos penales sobre DIH del Código de 2006 y varios del Código de 2010. (Expediente N° 0012-2006-PI-TC y Exp. N° 0022-2011-PI/TC, respectivamente).
- e. Tras la vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Perú tiene la obligación de tipificar en sus códigos penales los crímenes previstos en dicho Estatuto, como son: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; y d) El crimen de agresión, lo que no ha ocurrido hasta la fecha, no obstante, la obligación que tiene y haberse presentado proyectos con tal fin, incumpliendo sus obligaciones como Estado.
- f. No existe cláusula prohibitiva en el DIH sobre la tipificación de estas conductas en el Código Penal Militar Policial; no obstante, consideramos, que ciertas conductas como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión no debieran estar allí establecidos, sino en el Código Penal Común, porque estos crímenes graves no solo pueden ser cometidos por militares en los contextos de conflictos armados, sino también por civiles que ostenten cargos políticos como el presidente de la República y los ministros de Estado, entre otros.
- g. Deben considerarse en el Código Penal Militar Policial los delitos relativos a “Los Crímenes de Guerra”, que son cercanos al quehacer de los militares en conflictos armados y, debido también que estos delitos deben ser juzgados con prontitud para sentar ejemplo en las tropas. De hecho, los fiscales y jueces de la jurisdicción militar policial siguen a los combatientes en contextos de conflictos armados.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- BRAVO MAXDEO, Roosevelt. Derecho Internacional Humanitario y la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de empleo de la fuerza, Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, Tomo 18, diciembre de 2009.
- BRAVO MAXDEO, Roosevelt. Derecho Internacional Humanitario y Justicia Militar en el Perú, El Jurista del Fuero Militar Policial N° 3, FMP, agosto 2014.
- CENTRO DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DDHH DE LAS FFAA. Manual para las Fuerzas Armadas de DDHH y DIH, primera edición 2011
- Código Penal Santa-Cruz del Estado Sud-peruano, Cusco: Imp. Particular dirigida por Pedro Evaristo Gonzales, 1836. (Una copia de este código existe en la biblioteca del Congreso de la República- CI/346C1/P45)
- Código Penal del Perú. Edición oficial, Lima, Imprenta calle de la Rifa N° 58, 1862. Hay un ejemplar en la biblioteca del Congreso de la República. (CI/344C2/1862).
- Código de Justicia Militar del Perú, promulgado por el presidente Nicolás Piérola el 20 de diciembre de 1898. Edición oficial. Oficina tipográfica “El Tiempo”, Lima, 1899

- COMISIÓN NACIONAL DE ESTUDIO Y APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (CONADIH). *Compilación sobre Derecho Internacional Humanitario*, abril 2008, Lima, Perú.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Derecho Internacional Humanitario, Respuestas a sus preguntas*, enero 2020, Ginebra, Suiza.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, febrero 2013, Ginebra, Suiza.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, junio 2005, Ginebra, Suiza.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Manual de normas internacionales que rigen las operaciones militares*, abril 2022, Ginebra, Suiza.
- CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR. Decreto Ley N° 14613, promulgado el 25 de julio de 1963, Lima, julio de 1963.
- CONSEJO SUPREMO DE JSUTICIA MILITAR. Decreto Ley N° 23214, Lima, 1998.
- Decreto Legislativo N° 961, publicado en Normas Legales de El Peruano, Separata Especial, 11 de enero de 2006.
- Decreto Legislativo N° 1094, Código Penal Militar Policial, Biblioteca Jurídica del Fuero Militar Policial, tercera edición, octubre 2011.
- FEIERSTEIN, Daniel. *Introducción a los estudios sobre Genocidio*, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., mayo 2016, Buenos Aires, Argentina.
- Ley N° 8991, promulgada por el presidente Oscar R. Benavides el 19 de octubre de 1939, tomada del Anuario de la Legislación Peruana.
- MEJÍA AZUERO, Jean Carlo y CHAID DE MARES, Kelly. *Derecho de la Guerra*, Equión, Colombia, 2012.
- SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP y CICR, tercera edición: agosto de 2012.

## ■ BIOGRAFÍA



## BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA ENRIQUE V. PÉREZ ALVARADO

Nació el 16 de mayo de 1886.<sup>2</sup> Fue hijo de Félix Armando Pérez y de Manuela Alvarado y se casó en Huancayo con Hortensia Giráldez de la Peña.

Inició su servicio como alumno de la Escuela Militar, el 14 de marzo de 1901. Ascendió a subteniente de infantería el 1° de febrero de 1905; a teniente el 1° de febrero de 1908; a capitán el 1° de febrero de 1911. Sus ascensos a oficial superior ocurrieron así: a mayor el 27 de julio de 1915; a teniente coronel el 1° de febrero de 1919 y a coronel el 28 de febrero de 1930, por resolución legislativa N° 6825. Ascendió a general de brigada mediante Resolución Legislativa N° 9257, de 8 de enero de 1941.

De subteniente prestó servicios en el Batallón N° 3; el 1° de febrero de 1908, ya con el grado de teniente, fue destinado a la Escuela Militar de Chorrillos; el 1° de febrero de 1909 pasó a servir en el Batallón N° 1 y el 22 de febrero de 1910 en la segunda sección del Estado Mayor General del Ejército, donde ascendió a capitán y permaneció hasta el 13 de febrero de 1911.

El 14 de febrero de 1911 fue destinado al Estado Mayor de la II Región Militar; el 9 de febrero de 1912 fue cambiado al Batallón N° 7; el 29 de febrero de ese mismo año al Batallón N° 3; el 24 de enero de 1913 al Estado Mayor de la III Región Militar; el 16 de junio del mismo año al Batallón N° 13; unos meses después, el 28 de setiembre, al Batallón N° 1; el 14 de

---

1 Editor de la revista "El Jurista del Fuero Militar".

2 Escalafón de Oficiales del Ejército en actividad de 1941.

noviembre al Batallón N° 13; el 24 de noviembre a la Escuela Superior de Guerra del Ejército como alumno y el 31 de mayo de 1915, a la primera sección del Estado Mayor General del Ejército.

El 27 de julio de 1915 ascendió al grado de mayor y continuó prestando servicios en el Estado Mayor hasta el 8 de setiembre de ese año, en que pasó a servir en el Regimiento de Infantería N° 7 y a partir del 9 de noviembre en el Regimiento de Infantería N° 3. El 26 de octubre de 1916 fue nombrado ayudante del jefe de Estado Mayor General del Ejército, puesto en el que permaneció hasta el 8 de agosto de 1918, fecha en que pasó a la Escuela Militar de Chorrillos, como comandante de la Sección de Infantería.

Ascendió a teniente coronel el 1° de febrero de 1919 y continuó prestando servicios en dicha Escuela, hasta el 24 de julio de ese año, en que pasó a desempeñar el cargo de director de la Escuela de Aplicación y Tiro. Fue cambiado de colocación a la Inspectoría General del Ejército, como adjunto, el 30 de octubre de 1919 y pasó el 3 de abril de 1920, a la tercera sección del Estado Mayor General del Ejército, hasta su nombramiento como jefe de Conscripción Vial del Centro, el 11 de marzo de 1922. Se mantuvo en este puesto más de seis años, con el encargo presidencial de abrir las carreteras de la Mejorada a Ayacucho y de Huancayo a Yauyos, que le traerían problemas más adelante.

El 3 de octubre de 1929 fue nombrado primer comandante del Regimiento de Infantería N° 15, puesto en el que permaneció hasta el 3 de setiembre de 1930, ya con el grado de coronel, al que ascendió el 28 de febrero de ese año.<sup>3</sup> Fue separado del cargo y relevado por el mayor Pedro Navarrete Arredondo, siete días después que el teniente coronel Luis Miguel Sánchez Cerro se hiciera del poder tras un golpe de estado en Arequipa. El 4 de setiembre de 1930 fue pasado a la situación militar de disponibilidad y permaneció sin colocación 3 años, 10 meses y 20 días, retornando al servicio el 24 de julio de 1934, como jefe de la IV Jefatura Territorial, tras dictarse una ley de amnistía.

El 16 de febrero de 1935 fue nombrado jefe de zona de la V Región, puesto en el que permaneció 1 año, 3 meses y 2 días. Fue jefe de la II Jefatura Territorial a partir del 18 de mayo de 1936. El 1° de febrero de 1937

---

3 En el Historial de Unidades del Ejército se confirma que en efecto comandó el hoy Batallón de Infantería Motorizado "Puno" N° 15. (Oficina de Información del Ejército - Comisión Permanente de Historia del Ejército. Historial de Unidades del Ejército del Perú, Imprenta del Ejército, pág. 27).

fue designado jefe de la sección de prensa y propaganda del Ministerio de Guerra. Inspector General de Instrucción Pre Militar desde el 27 de junio de 1940, cargo en el que permaneció ya ostentando el grado de general de brigada, al que ascendió el 8 de enero de 1941.

Pasó al Consejo Superior del Ejército, como miembro nato, puesto en el que estuvo 4 años, 10 meses y 22 días. El 2 de mayo de 1947 fue designado vocal del Consejo de Oficiales Generales, presidiéndolo partir del 21 de octubre de 1949 hasta el 16 de mayo de 1950.<sup>4</sup>

Para mayor información sobre la vida del general Pérez, digamos que se diplomó como Oficial de Estado Mayor en la Escuela Superior de Guerra y como instructor en la Escuela Nacional de Tiro. Fue profesor de topografía, transportes, economía política, estadística y administración en la Escuela Superior de Guerra y de administración y táctica, en la Escuela Militar de Chorrillos. Siendo coronel, escribió el libro *“Marcha hacia la selva.”* Un estudio geográfico de la selva peruana, publicado por la Imprenta y Librería del Ministerio de Guerra en 1939, de 320 páginas. El libro contiene datos sobre el oriente peruano y los temas que trata, tienen los subtítulos siguientes: “La selva en la actualidad”. “Importancia y necesidad de las carreteras”. “El momento para la construcción de carreteras ha llegado”. “La población y las tierras en nuestra sierra”. “Extensión territorial por zonas”. “Distribución de la población sobre el territorio”. “Ligera descripción del territorio nacional”. “Densidad de la población”. “Factores geográficos que estimulan el retardo o el crecimiento de la población”. “Régimen agrario incaico”. “Colonización”. “Las cuatro regiones económicas”. “Riqueza forestal del Perú”. “Productos de exportación.”

Su interés por las carreteras viene claramente del trabajo que en este campo realizó durante el gobierno de Leguía. Otro aspecto de la vida del general Pérez tiene que ver con el proceso que se le siguió por enriquecimiento ilícito y que fue la causa de que permaneciera 3 años, 10 meses y 20 días fuera del servicio. En una solicitud que obra en su legajo personal, dice: “Con fecha 4 de setiembre de 1930, fui pasado a la situación de disponibilidad por razones políticas, según es público y notorio. Derrocado el régimen del señor Leguía, fuimos separados de la actividad muchos jefes y oficiales, imputándonos relaciones políticas con el régimen depuesto. Fui sometido, también, a la jurisdicción del Tribunal de Sanción Nacional,

---

4 Buena parte de la información que aparece en la biografía del general Pérez ha sido tomada de su legajo personal, que se halla en la caja P-3 del Archivo Central del Cuartel General del Ejército.

Tribunal de origen y finalidad políticos, también, pues fue un fuero de emergencia, creado al margen de la Constitución del Estado, en daño de quienes el régimen revolucionario de 1930 creyó desafectos. En la sentencia de fecha 11 de agosto de 1931, que en su caso recayó, el juez falló: “Que el coronel don Enrique V. Pérez Alvarado no es responsable por enriquecimiento ilícito en daño del fisco; y, en consecuencia, consentida o ejecutoriada que sea esta sentencia se levanten las medidas de seguridad dictadas sobre sus bienes y hágase por el actuario las citaciones de ley.” En la parte considerativa de la sentencia se lee, entre otros fundamentos, que estaba probado que durante la administración de Leguía el coronel Pérez había dedicado “casi toda su actividad a desempeñar el cargo de Director de los trabajos de la carretera de la Mejorada a Ayacucho y de Huancayo a Yauyos, percibiendo, a más de su sueldo por la clase militar, asignaciones por el Ministerio de Fomento y una gratificación por el Ministerio de Guerra, ingresos legítimos que necesariamente han tenido que permitirle apreciables economías.”



# EL JURISTA

## DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en el año 2023  
en Impreso en Partners Print S.A.C. con RUC 20606691204  
Calle José de la Torre Ugarte 265, Miraflores





## HERALDICA DEL ESCUDO DE LA FUERZA AÉREA DEL PERÚ

El Escudo de la Fuerza Aérea del Perú está constituido por dos campos, celeste y púrpura, dentro de dos círculos que lo conforman. El círculo y campo exterior color púrpura, símbolo de nobleza, lleva la inscripción "Fuerza Aérea del Perú" que identifica a la Institución y su color dorado significa riqueza. El círculo y campo interior color celeste, simboliza el cielo y la gloria, elemento del arma aérea. Dentro de él en la parte superior se encuentran dos estrellas plateadas que representan a las dos figuras más grandes de su historia: Jorge Chávez Dartnell, precursor de la Aeronáutica y el Capitán FAP José Quiñones Gonzales, héroe máximo de la Fuerza Aérea del Perú. En la parte superior del emblema y sobre ambos campos, se encuentra el Escudo del Perú, que le da la majestuosidad, confirmando su peruanidad por encima de todo. Un gran huamán dorado, halcón símbolo de una deidad mitológica del antiguo Perú, como figura central sobre los dos campos, con las alas extendidas que sobresalen del círculo exterior, representa el poder, la bravura, la nobleza y la inteligencia, virtudes y cualidades de los componentes de la Fuerza Aérea del Perú. La garra de la pata derecha aprisiona una espada, el poder de la Fuerza Aérea en Defensa Nacional; la rama de olivo sostenida en la garra izquierda, en su contribución a la paz y el desarrollo del país.

