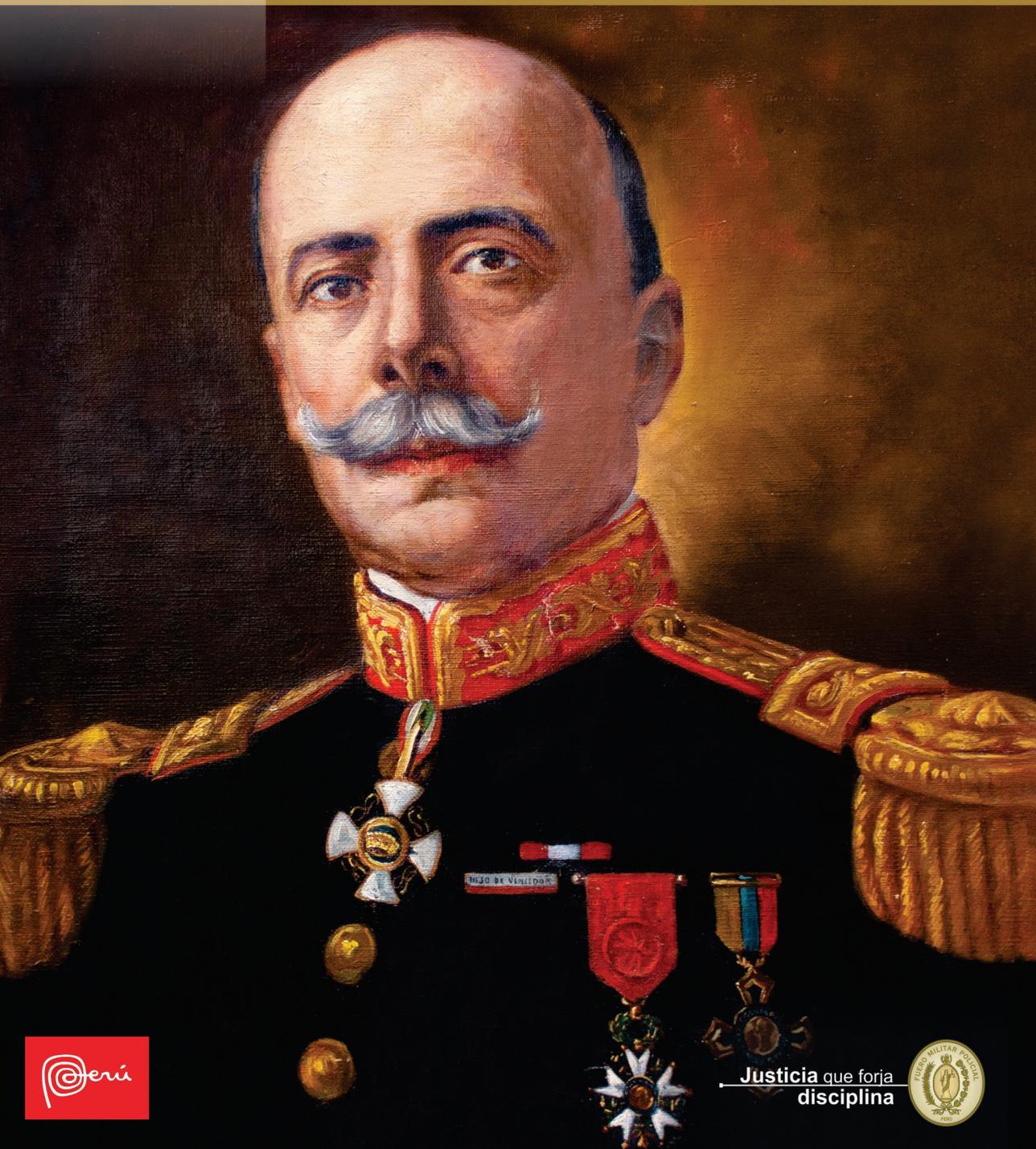


EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO X - NÚMERO 18 / DICIEMBRE 2021



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

EL JURISTA **DEL FUERO MILITAR POLICIAL**

Revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL

General de Brigada (R) Alonso Esquivel Cornejo

DIRECTOR DE LA REVISTA Y DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

General de Brigada (R) Aníbal Villavicencio Villafuerte

EDITOR DE LA REVISTA

Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

CORRECCIÓN DE ESTILO

General PNP (R) Jorge López Zapata

DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO DE PORTADA

Socorro Gamboa García

FOTOGRAFÍA DE PORTADA

Randy Velásquez Fermín

SECRETARIA

Yasmina Yeraldin Santos Agapito

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

Edición diciembre 2021
Año 10 - Número 18
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 Editorial Agüero E.I.R.L.
Jr. Las Toronjas 309, Urb. El Naranjal,
Independencia, Lima - Perú

Tiraje: 800 ejemplares

La revista no se solidariza necesariamente con las expresiones emitidas por los autores. Los artículos firmados no reflejan necesariamente el punto de vista del Fuego Militar Policial.

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

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

ARTÍCULOS

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESCENARIOS DE CONFLICTO ARMADO	
<i>Luis Antonio Rocca Erquiaga</i> _____	15
EL DELITO DE DESOBEDIENCIA Y LAS IMPUTACIONES FORMULADAS POR LA FISCALÍA MILITAR POLICIAL	
<i>Carlos Nicolás Rodríguez Urday</i> _____	25
LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO DEL TERCERO CIVIL RESPONSABLE EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL EN EL PERÚ	
<i>Elvis Guerrero Paredes</i> _____	35
PERFIL Y LÍNEA DE CARRERA DEL OFICIAL DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL.	
<i>Arturo Antonio Giles Ferrer</i> _____	47
PARÁMETROS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL USO DE LA FUERZA	
<i>Kori Paulett Silva</i> _____	51
EL DELITO DE DESERCIÓN EN EL PERSONAL QUE PRESTA SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO	
<i>Leydy Karina Castro Machicao</i> _____	65

IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN EN LA UNIVERSIDAD <i>Arturo Antonio Giles Ferrer</i> _____	79
SITUACION ACTUAL DEL DELITO DE DESERCIÓN EN EL PERÚ <i>Jony Elar Sotelo Novoa</i> _____	85
MANUAL DIDACTICO PARA ENTENDER EL PROCESO DE DESERCIÓN <i>Deysi Melissa Rojas Paz</i> _____	99

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA ANTONIO BEINGOLEA BALAREZO <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	111
---	-----

PRESENTACIÓN

Presentación. Hoy presentamos la edición número 18 de nuestra revista: "El jurista de Fuero Militar Policial". Agradecemos a nuestros colaboradores por hacer posible que esté número salga a la luz. Se tratan temas relativos al Derecho Internacional Humanitario, al Derecho penal y procesal penal militar, entre otros temas, que esperamos les sean útiles.

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

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

Luis Antonio Rocca Erquiaga¹

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESCENARIOS DE CONFLICTO ARMADO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. CONSIDERACIONES PREVIAS; 2. CRÍMENES AMBIENTALES EN EL MARCO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS; 3. LOS CONFLICTOS MEDIO AMBIENTALES; 4. DEGRADACIÓN AMBIENTAL Y CONFLICTO ARMADO – CONEXIONES; 5. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN TIEMPO DE CONFLICTO ARMADO; 6. DIRECTRICES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN TIEMPO DE CONFLICTO ARMADO; 7. RESPONSABILIDAD Y EJERCICIO DEL MANDO; 8. CONCLUSIONES Y 9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El autor analiza aspectos relevantes de la protección del medio ambiente en escenarios de conflictos armados de carácter internacional como no internacional, aludiendo la responsabilidad del Derecho Internacional Humanitario, generando la presencia normativa que protege a la población civil durante conflictos armados, así como garantizar su supervivencia. En tales circunstancias, el medio ambiente se constituye en un bien de carácter civil, por lo que no puede ser objeto de ataques y, por ende, que se determine como un objetivo militar.

1 Coronel del Ejército del Perú en situación de retiro. Ex director del Centro de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Armadas. Maestro en ecología y gestión ambiental; Maestro en Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Resolución de Conflictos; Maestro en Ciencias Militares con mención en planeamiento estratégico y toma de decisiones; profesor del Instituto de Derecho Internacional Humanitario de San Remo – Italia; Catedrático del Centro de Altos Estudios Nacionales del Perú (CAEN) y egresado del Centro William Perry.

En tales circunstancias, el impacto sobre ecosistemas en ámbitos precitados requiere difusión en las Fuerzas Armadas, actores principales en conflictos armados donde existe un manifiesto importante que recae en la responsabilidad y ejercicio del mando a través de cuatro (4) ejes fundamentales como son: doctrina, educación, entrenamiento y sanciones disciplinarias y/o penales.

Las conclusiones se orientan a enfatizar normas de respeto del Derecho Internacional Humanitario en contextos de protección al medio ambiente, con una implicancia normativa de referencia en los procesos de toma de decisiones por los comandantes.

ABSTRACT

The author analyzes relevant aspects of environmental protection in scenarios of international and non-international armed conflicts, alluding to the responsibility of International Humanitarian Law, generating the normative presence that protects the civilian population during armed conflicts, as well as guaranteeing their survival. In such circumstances, the environment is constituted as a civilian object, therefore it cannot be under attack and therefore it is determined as a military objective.

In such circumstances, the impact on ecosystems in the aforementioned areas requires dissemination in the Armed Forces, main players in armed conflicts where there is an important manifesto that falls on the responsibility and exercise of command through four (4) fundamental axes such as doctrine, education, training and disciplinary and/or criminal sanctions.

The conclusions are aimed at emphasizing standards of respect for International Humanitarian Law in contexts of

environmental protection, with a reference normative implication in the decision-making processes by commanders.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional regula las relaciones de los Estados entre sí. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el Derecho Internacional Humanitario son dos ramas distintas, pero de una misma vertiente (Derecho Internacional Público), como tal tienen principios y características propias dentro de un sistema integrado de normas. Esto implica que, a pesar de sus particularidades y orígenes distintos dentro de cada subsistema, las normas son creadas por los mismos mecanismos o fuentes tanto convencionales como consuetudinarias.

La violación a cualquiera de sus normas hace operativas las reglas del Derecho Internacional General relativas a la responsabilidad internacional tanto de Estados como de individuos, generando la presencia de mecanismos de protección tanto universal como regionales en el ámbito de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario.

La protección del medio ambiente es un aspecto vital para el Derecho Internacional Humanitario y para los Estados signatarios de los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales. La destrucción del medio ambiente como método de combate e instrumento de política internacional se remonta a épocas pretéritas.

En tiempos de enfrentamientos armados, la naturaleza sufre una degradación acelerada y los ecosistemas de gestión del entorno suelen verse gravemente afectados. Además, en estos tipos de conflictos armados se suele llevar a cabo acciones que ponen

en peligro la biodiversidad como los campos agrícolas, tala de árboles, para debilitar al enemigo. A su vez, la contaminación del agua, el envenenamiento del suelo, la deforestación y la contaminación del aire son algunos efectos de la guerra contra el medio ambiente. Generalmente, son los Estados frágiles los que normalmente son infractores a tales escenarios precitados en la referencia.

Uno de los mayores efectos de los enfrentamientos armados (guerras contra el medio ambiente) tuvieron lugar durante las dos guerras mundiales, como el hundimiento del armamento en el mar para evitar su reutilización por el bando enemigo, que supone uno de los efectos medioambientales más graves y que todavía persiste. Se estima que en los mares del Norte y el Báltico hay alrededor de 1.6 millones de toneladas de municiones, que acaban liberando compuestos tóxicos, que ponen en peligro la vida de los ecosistemas marinos.

Podemos citar como ejemplo del efecto de las guerras en el medio ambiente, la guerra de Vietnam (1961 – 1971). Durante ese conflicto, se utilizaron productos químicos con los que se rociaron vastas extensiones del sur de Vietnam.

Reconociendo la realidad inexorable de los conflictos armados, aún en los auspiciosos días del fin de la guerra fría, es pertinente citar un principio muy importante que fue considerado en la declaración de Río en el año 1992. **Es el principio número 24 que establece que la guerra es por definición enemiga del desarrollo sostenible.**

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La sociedad es un término que describe a un grupo de individuos marcados por una cultura en común, un cierto folklore y criterios compartidos que condicionan sus costumbres y estilo de vida y que se relacionan entre sí, en el marco de una comunidad².

La ecología es un factor importante no ajeno a la sociedad, como especialidad científica centrada en el estudio y análisis del vínculo que surge entre los seres vivos y el entorno que los rodea, entendido como la combinación de factores bióticos y abióticos³.

Es importante citar una definición valiosa basada en el desarrollo sustentable que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras. El concepto de desarrollo sustentable es el resultado de una acción concertada de las naciones para impulsar un modelo de desarrollo económico mundial **compatible con la conservación del medio ambiente y la equidad social**⁴.

2. CRÍMENES AMBIENTALES EN EL MARCO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Se dice con frecuencia que la naturaleza debe estar fuera del conflicto armado, lamentablemente esto es imposible, pues está en su misma raíz.

El próximo año se cumplen 30 años del inicio de los atentados al medio ambiente, recurriendo a la voladura de oleoductos, y

2 <https://definicion.de/sociedad/>

3 <https://definicion.de/sociedad/>

4 <https://definicion.de/sociedad/>

el hecho mismo de que hayan pasado todos estos años, pone en duda la efectividad de las normas medioambientales contenidas en el Derecho Internacional Humanitario y el cumplimiento de estas por los grupos armados organizados, generando una cruel e incomprensible acción violenta (destrucción o voladura del oleoducto trasandino en Nariño – Colombia).

El Perú es en la actualidad uno de los países con mayor mega diversidad en el mundo, pero también con más problemas ambientales. La existencia de distintos grupos armados (grupos hostiles) que actúan al margen de la ley vinculados al narcotráfico, ha originado que exista una considerable deforestación y degradación de suelos, que tienen repercusión causal directa en cuencas hidrográficas, generando importantes daños y secuelas ambientales.

El conflicto armado en Perú y sus diferentes actores han contribuido efectivamente en la deforestación, contaminación, y depredación de los diferentes ecosistemas con los que cuenta el Estado.

3. LOS CONFLICTOS MEDIO AMBIENTALES - ELEMENTOS DE COMPRENSIÓN

Varios factores permiten establecer una conexión directa o indirecta entre recursos naturales renovables (agua, bosques) o no renovables (minerales, petróleo, gas) y seguridad nacional o regional.

Podemos citar en primer lugar la asimetría económica (niveles de desarrollo) entre países del norte, centro, sur y la

periferia, conduciendo a que los Estados tengan en cuanto a recursos naturales necesidades y perspectivas distintas. Está el desequilibrio generado por la diferencia de acceso y uso de los recursos naturales, pero también el hecho de que se considere una causa de inseguridad y de conflicto.

El carácter conflictivo de esta asimetría se ve reforzado cuando la soberanía y el control sobre los recursos (elementos de poder para muchos Estados), adquieren un carácter de interés vital o estratégico para asegurar su posición internacional o regional y prever su seguridad nacional.

La política de poder de algunos Estados, basada en el interés nacional, y la debilidad de los regímenes ambientales internacionales y regionales, limitan el fomento de cooperaciones multilaterales.

4. DEGRADACIÓN AMBIENTAL Y CONFLICTO ARMADO – CONEXIONES

La seguridad ambiental es un concepto complejo que puede ser analizado desde varios enfoques. La conexión entre degradación ambiental, la escasez de recursos, poco desarrollo económico e inestabilidad política, **pueden generar rápidamente conflictos llamados ambientales, terrorismo ecológico y guerras verdes.**⁵

Sin embargo, en la mayoría de las investigaciones sobre degradación ambiental y conflictos armados, no se tienen en cuenta los factores de desarrollo económico y régimen político, pues no se considera que los problemas ambientales pueden por sí solos

5 <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12057>

conducir a situaciones conflictivas nacionales, regionales e internacionales⁶.

Debemos plantear las diferentes tendencias ideológicas de seguridad ambiental y definir el contenido y las causas de los conflictos ambientales. Para ello, es recomendable proponer un marco analítico complementario que incluya variables políticas y económicas como generadoras de conflictos ambientales y de conflictos armados de alta intensidad.⁷

Existe una categoría de conflictos ambientales que dependen menos de asuntos coyunturales como los conflictos por recursos no renovables llamados también **Guerra de recursos o Guerras verdes**, puesto que en este caso específico dichos recursos son el objetivo mismo del conflicto. El mismo diagnóstico de recurso renovable es el agua dulce⁸.

Existen factores generalmente simultáneos que causan problemas ambientales, como la pérdida en cantidad y calidad de recursos renovables en una proporción mayor que su renovación natural (escasez inducida por oferta). El fuerte aumento poblacional y el consumo per cápita (inducida por demanda) crean un escenario a un acceso desigual a los recursos (escases estructurales).⁹

Los factores pre citados pueden influir de varias maneras en la situación de inseguridad de un Estado o región:

- La escasez de recursos puede en parte provocar conflictos interestatales.
- La escasez medio ambiental, que sustenta movimientos poblacionales, genera parcialmente conflictos sub nacionales o intra estatales.
- El estrés ambiental que a su vez dificulta el desarrollo de actividades económicas e interrumpe la vida normal de las instituciones claves, generando conflictos sub nacionales o intra estatales en términos de insurgencia y guerra civil.

5. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN TIEMPO DE CONFLICTO

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) regula las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales. Es una rama del Derecho Público Internacional formado por normas que, en tiempo de conflicto armado, procuran proteger, por razones humanitarias, a las personas que no participan o que han dejado de participar directamente en las hostilidades, y restringen los medios y métodos de hacer la guerra. En otras palabras, el DIH contiene normas internacionales, sean convencionales o consuetudinarias (normas que derivan de la

6 <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12057>

7 <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12057>

8 <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12057>

9 <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12057>

práctica de los Estados y que son acatadas por considerarse obligatorias), cuya finalidad específica es resolver cuestiones humanitarias que surjan directamente a raíz de un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o no internacional.¹⁰

Por su parte, el Derecho Internacional medio ambiental es considerado como una disciplina autónoma dentro del Derecho Internacional Público, tomado como referencia a partir de la Conferencia de Río de 1992. Podemos inferir que tanto el Derecho Internacional Humanitario como el Derecho medio ambiental son manifestaciones del Derecho Internacional Público, y por ello sus normas pueden ser encontradas en las fuentes de éste¹¹.

El Derecho Internacional Humanitario apunta a proteger a la población civil durante los conflictos armados, así como garantizar su supervivencia. En general, el medio ambiente es de carácter civil y, por ello, no puede ser objeto de ataques a menos que se haya convertido en un objetivo militar¹².

El Derecho Internacional Humanitario apunta a proteger a la población civil durante los conflictos armados, así como a garantizar su supervivencia. Por ello, también procura proteger al medio ambiente natural

como vínculo causal directo sin el cual la vida humana se torna imposible¹³.

El Derecho convencional se hace también eco sobre la prohibición de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD).

El primer principio fundamental para el Derecho Internacional Humanitario que conviene citar, es el principio de que el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos y medios de combate no es ilimitado. Dicha referencia la podemos encontrar en 1868, en la declaración de San Petersburgo¹⁴.

Otro principio muy importante y fundamental en el DIH que se debe mencionar es el de proporcionalidad, que impregna muchas disposiciones de este derecho. Varios tratados contribuyen a la protección del medio ambiente, a través de la prohibición de ciertos medios de combate. Su contribución es indirecta como:

- El protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, aprobado en Ginebra el 17 de junio de 1925.
- La convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas

10 <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/conduct-hostilities/environment-warfare/overview-environment-and-warfare.htm>

11 <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/conduct-hostilities/environment-warfare/overview-environment-and-warfare.htm>

12 <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/conduct-hostilities/environment-warfare/overview-environment-and-warfare.htm>

13 <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/conduct-hostilities/environment-warfare/overview-environment-and-warfare.htm>

14 <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/conduct-hostilities/environment-warfare/overview-environment-and-warfare.htm>

armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, aprobadas el 10 de octubre de 1980.

- La convención sobre la prohibición del desarrollo de producción y almacenamiento de armas bacteriológicas, tóxicas y sobre su destrucción, aprobada el 10 de abril de 1972.
- Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993

En el marco de tratados que protegen específicamente de manera directa el medio ambiente podemos citar:

- La convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (convención ENMOD), aprobada en el marco de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1976.
- El protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949.

El DIH protege al medio ambiente de dos maneras:

1. A través de sus disposiciones generales.
2. A través de algunas disposiciones específicas adicionales.

Las disposiciones generales sobre la conducción de las hostilidades se aplican al medio ambiente. En general, el medio ambiente es de carácter civil y, por ello, no puede ser objeto de ataques a menos que lo hayan convertido en un objeto militar. Por otro lado, debe considerarse la cuestión ambiental a la hora de evaluar la

proporcionalidad de un ataque contra un objetivo militar.

El protocolo adicional I ha añadido una prohibición específica, de emplear métodos y medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que puede prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

El protocolo también prohíbe los ataques contra el medio ambiente a modo de represalia.

El Estatuto de Roma de 1998, por el que se establece la Corte Penal Internacional, tipifica crimen de guerra el hecho de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, en violación al principio de proporcionalidad.

Otras disposiciones específicas incluyen la prohibición de destruir zonas agrícolas y las instalaciones de agua potable, a fin de causar daños a la población civil.

A la comunidad internacional y al Comité Internacional de la Cruz Roja, les preocupa particularmente que el acceso a recursos de agua potable escasos, se conviertan en un arma utilizada contra los civiles. La contaminación o la destrucción de los recursos acuíferos puede tener consecuencias graves para la salud y la supervivencia de comunidades enteras.

De otro lado, la comunidad internacional ha adoptado la “Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles” (ENMOD), que prohíbe alterar, mediante manipulación deliberada, los procesos naturales, la dinámica, la composición o estructura de la tierra.

6. DIRECTRICES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN TIEMPO DE CONFLICTO ARMADO, PARA MANUALES Y PROGRAMAS DE INSTRUCCIÓN

Dicho documento constituye una iniciativa presentada a Naciones Unidas por Antoine Bouvier, experto de la CICR, en el año 1994. Aun cuando el documento no ha sido aprobado formalmente, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su 49 período de sesiones, invitó a todos los Estados a examinar debidamente la posibilidad de incorporar en sus manuales militares las iniciativas de la referencia.

Estas directrices constituyen un instrumento destinado a facilitar la instrucción y la formación de las Fuerzas Armadas en un ámbito del DIH, que con frecuencia queda relegado a un segundo plano.

La protección del medio ambiente tiene como único objetivo el de contribuir, de manera práctica y eficaz, a aumentar la sensibilización en lo que respecta a un valioso elemento que merece protección y respeto, incluso en periodos de conflicto armado, especialmente. Bajo este contexto, corresponde a los Estados y en especial a las Fuerzas Armadas tomar las medidas oportunas.

7. RESPONSABILIDAD Y EJERCICIO DEL MANDO

La responsabilidad general de los mandos superiores se refiere tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales. Los tribunales penales internacionales han reconocido la responsabilidad de los jefes militares en conflictos armados no internacionales, ahora considerados como parte del Derecho Internacional consuetudinario, y con jurisdicción de la Corte Penal Internacional, a través del Estatuto de Roma.

En consecuencia, el deber de los jefes militares o comandantes es garantizar que sus subordinados respeten el derecho de los conflictos armados, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en sus ámbitos de acción. Es importante que esta responsabilidad de los comandantes militares de integrar el derecho, interprete la necesidad de conculcar como conducta imperativa el respeto al medio ambiente y así garantizar la conducta de las Fuerzas Armadas durante las operaciones militares, a través de cuatro elementos de integración:

- Doctrina.
- Educación.
- Entrenamiento y equipamiento.
- Sanciones (incluidas la disciplinaria y la justicia militar).

El ejercicio del mando examina el proceso de toma de decisiones, introduciendo aspectos importantes del derecho de la guerra y de la protección del medio ambiente en la secuencia normal de reflexión y acción de los jefes y de sus estados mayores, comenzando por la misión y terminando por las medidas de control.

Es importante que el asesor jurídico operacional refiera los aspectos relacionados a la protección del medio ambiente, como fundamento vital del DIH, en el proceso de reflexión y análisis de la misión como vínculo causal en las operaciones militares, para así encontrar un equilibrio y balance táctico operacional y poder arribar a una decisión legítima por el comandante.

Debemos tener en cuenta realizar una reflexión importante tomando en cuenta los principios rectores del Derecho Internacional Humanitario, para arribar a una decisión legítima por el comandante, que ayude a viabilizar la ejecución de los planes

de operaciones y su respectiva ejecución. Dentro de los principales principios rectores podemos citar:

- Principio de humanidad.
- Necesidad militar.
- Distinción.
- Proporcionalidad.
- Limitación.
- Precaución.

8. CONCLUSIONES

1. La protección del medio ambiente en contextos de conflictos armados internacionales como no internacionales, que incorpora la aplicación de un conjunto de normas de origen convencional y consuetudinario denominado Derecho Internacional Humanitario, genera de manera específica, la presencia normativa que protege a la población civil en escenarios de enfrentamientos armados, así como el espíritu de garantizar su supervivencia. Para ello es importante localizar las circunstancias en que el medio ambiente constituye un bien de carácter civil, de forma que cuando estamos protegiendo a la población civil estamos también protegiendo al medio ambiente; por ello, no puede ser objeto de ataques y, por ende, no debe ser considerado o definido como un objetivo militar.
2. La labor del comandante a través de un ejercicio legítimo en la aplicación y reflexión de la responsabilidad y ejercicio del mando, determina que se desprenda una convicción y enfoque relativo de que siempre deben ser respetadas y aplicadas las normas del

Derecho Internacional Humanitario, para poder limitar los efectos colaterales o incidentales derivados de las operaciones militares al medio ambiente, en escenarios de conflicto armado.

El conocimiento y práctica a través de doctrina, educación del medio ambiente, así como la instrucción y sanciones, constituyen los cuatro elementos de integración que deben influir y garantizar una conducta de respeto al Derecho Internacional Humanitario, en ámbitos o espacios operacionales donde tengan que participar las fuerzas armadas de los Estados miembros de la comunidad internacional.

3. Durante el proceso de toma de decisiones (ejercicio del mando), el comandante debe tener presente la aplicación de los principios rectores del Derecho Internacional Humanitario, cuya correcta interpretación y aplicación determinarán, de manera sustancial, una protección y equilibrio en provecho del medio ambiente, generando espacios de reflexión en la toma de decisiones por nuestros comandantes.
4. El asesor jurídico operacional, al recibir la misión, y al determinar el estatuto jurídico en que se desarrollaran las operaciones militares, deberá precisar las normas, tratados de referencia de protección del medio ambiente para ser aplicados en contextos de conflictos armados, y así contribuir de manera esencial en la toma de decisiones.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. La protección del medio ambiente en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Militar chileno. Lobo Fernández, Juan F. Pág., 52,53.

2. La protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado. Palacios Barrera, Humberto Manuel. Sin número de páginas.
3. Manual de normas internacionales que rigen las operaciones militares. CICR. Pág., 276, 282, 288, 291.
4. Convenios de Ginebra del 12 de agosto del año 1949 (IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de vida a las personas civiles en tiempo de guerra. CICR.
5. Declaración de San Petersburgo de 1868 (prohibición del uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra).
6. Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 1976.
7. Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993.
8. Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925.
9. Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados aprobadas en octubre de 1980.
10. Convención sobre prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y Toxínicas y sobre su destrucción de 1972.
11. El Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. Artículo 35, párr. 2, 51, párr.5, inciso b.,57, párr. 2, incisos a y b.
12. Directrices sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado para manuales y programas de instrucción de 1994. Bouvier Antonio. Experto del CICR.
13. Protocolo Adicional II de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. Artículo 14 y 15.

Carlos Nicolás Rodríguez Urday¹

EL DELITO DE DESOBEDIENCIA Y LAS IMPUTACIONES FORMULADAS POR LA FISCALÍA MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LEY PENAL EN BLANCO; III. DELITOS DE OMISIÓN; IV. DELITO DE DESOBEDIENCIA; V. PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN; VI. IMPRECISIONES AL MOMENTO DE FORMULAR LA IMPUTACIÓN; VI.1. IMPUTAN COMO NORMAS OMITIVAS LAS CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS; VI.2. IMPUTAN NORMAS NO VIGENTES AL MOMENTO DE LA COMISIÓN DE LOS HECHOS; VI.3. LAS NORMAS OMITIVAS IMPUTADAS NO SON PROPIAS DEL IMPUTADO; VI.4. VARIACIÓN DE LA NORMA OMITIVA IMPUTADA EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA AL PRESENTAR LA ACUSACIÓN, VI.5. LOS DELITOS DE BAGATELA EN LOS DELITOS DE OMISIÓN; Y VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El autor analiza los alcances del delito de desobediencia y los problemas que surgen durante la investigación de este delito, tanto en la etapa preparatoria como en la intermedia, especialmente, por la actuación poco congruente de los fiscales militares policiales.

ABSTRACT

The author analyzes the scopes of disobedience offence and the problems that arise during the investigation of this offence, both in the preparatory stage and in the intermediate stage, especially due to the inconsistent actions of police military prosecutors.

1 Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín, Capitán del Servicio Jurídico del Ejército y Secretario Suplente de la Vocalía Suprema del Tribunal Supremo Militar Policial.

I. INTRODUCCIÓN

De los artículos 153², 163³, 263⁴ y 228⁵ del Código Penal Militar Policial, se deduce que la fiscalía militar policial tiene el monopolio de la persecución e investigación de los delitos de función que cometan los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; sin embargo, durante la investigación se deben respetar una gama de derechos y principios que protegen al imputado, siendo uno de estos el principio de imputación, que se encuentra previsto, a nivel supranacional, en el literal “b”, numeral 2, del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Comunicación previa y detallada al inculpaado de la acusación formulada” y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, numeral 2 del artículo 9: “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”; igualmente, en el literal “a”, numeral 3, del artículo 14, de la misma norma se establece: “A ser informado sin demora, en su idioma que comprenda y en forma detallada, la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”.

En el contexto nacional, este principio se puede ubicar en la interpretación del principio de legalidad (artículo 2, numeral 24, literal “d”), del derecho de defensa (artículo 139, numeral 14) y principio de intimación (artículo 139, numeral 15) de la Constitución Política del Estado.

De los diferentes tipos penales que contiene el Código Penal Militar Policial, el delito de Desobediencia es el tipo penal más imputado por la fiscalía militar policial, porque la mayoría de conductas delictuosas es por el incumplimiento de deberes funcionales. Sin embargo, el órgano fiscal no realiza una correcta imputación en la etapa de investigación preparatoria, lo cual se ve reflejado en la etapa intermedia, al momento que el vocal o el juez realiza el control del requerimiento de la acusación fiscal o las partes plantean un mecanismo de defensa, vía excepción o sobreseimiento de parte.

II. LEY PENAL EN BLANCO

La ley penal en blanco se da cuando el supuesto de hecho se integra, por remisión que hace la ley penal, a otra norma extra penal, que puede ser propia o impropia. En

-
- 2 **Artículo 153:** “Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal”
 - 3 **Artículo 163:** “La acción penal militar policial es pública y su ejercicio corresponde al fiscal militar policial. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito, de los comandos militares o policiales o de cualquier persona, natural o jurídica. Promovida la acción, su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos en la ley”
 - 4 **Artículo 226:** “La Fiscalía Militar Policial conduce desde su inicio la investigación de los delitos y promueve la acción penal pública contra los autores y partícipes. Le corresponde la carga de la prueba y consecuentemente debe probar en el juicio oral y público los hechos que sustentan su acusación”
 - 5 **Artículo 228:** “El fiscal militar policial dispone de los poderes y atribuciones que este Código le concede y aquellos que establezcan la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y las leyes especiales. En ningún caso asumirá funciones jurisdiccionales”

el primer caso se recurre a normas de menor jerarquía para determinar el ámbito de proscripción punitiva, y en el segundo se recurren a normas de igual o superior jerarquía⁶, que a su vez se clasifica en remisión interna o externa.

Es así que el delito de desobediencia previsto en el Código Penal Militar Policial es un tipo penal en blanco propio, debido a que el legislador condiciona la tipicidad de la conducta a un incumplimiento de deberes funcionales propios de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que se encuentran en Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, Reglamentos y Directivas, entre otras.

III. DELITOS DE OMISIÓN

En términos sencillos se pueden definir los delitos de omisión como el no hacer una determinada conducta teniendo el deber u obligación de realizarlo; ésta, a su vez, se puede clasificar en delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia o comisión por omisión. Los primeros son aquellos que están expresamente tipificados en el Código Penal Militar Policial, *verbi gracia*, el delito de omisión de aviso o repulsión, omisión de cumplimiento de deber en función operativa y desobediencia; mientras que los delitos de omisión impropia son aquellos que no están directamente tipificados por el legislador, *verbi gracia*, el artículo 9 del Código Penal Militar Policial.⁷

Los delitos de omisión propia se estructuran: (a) La situación típica, que es la descripción fáctica que determina el deber de la acción, (b) La no realización de la acción mandada. El sujeto tiene que incumplir con el mandato imperativo de la norma y no realizar la acción que el derecho le imponía; y, (c) El tipo subjetivo es el dolo, es decir, debe tener conocimiento de la situación típica y que se omita la acción mandada y la voluntad de no realizar la acción impuesta por la norma imperativa.

IV. DELITO DE DESOBEDIENCIA

El delito de Desobediencia se encuentra previsto en el artículo 117 del Código Penal Militar Policial, con el siguiente tenor:

“El militar o el policía que omita intencionalmente 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, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.”

El tipo penal citado atenta contra el bien jurídico “integridad institucional”, según lo establecido por el Código Penal Militar Policial. El vocablo “integridad institucional” es un concepto novedoso, que ha surgido en el ordenamiento administrativo y legal a fin de reducir los riesgos

6 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Casación N° 1126-201 Arequipa del 23 de mayo de 2019. F. Primero.

7 “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.”

de corrupción, y se puede definir como el funcionamiento operativo de la institución, políticas, procesos y procedimientos, sistemas de trabajo (dimensión colaborativa); así mismo, se refiere a los estándares éticos y las estrategias de prevención de la corrupción, a fin de alcanzar las misiones para la cual fue creada la institución (dimensión eticidad⁸).

La doctrina penal ha desarrollado que los delitos, según la calidad de los sujetos, se clasifican en delitos impropios, cuando lo realiza cualquier persona, y delitos propios, cuando la ejecución del sujeto cuenta con cualificación especial. Según esta clasificación, los delitos contenidos en el Código Penal Militar Policial son delitos propios, como el delito de Desobediencia, que sólo puede ser cometido por un militar o por un policía, dentro de su competencia, que señala la ley, reglamento o directiva, para cumplir con el acto de función, siendo el sujeto pasivo siempre el Estado.

La situación típica en el delito de desobediencia es *omitir*, es decir que el sujeto activo deje de hacer, con conocimiento y voluntad, el acto funcional al que se encuentra obligado por ley. La omisión tiene una naturaleza genérica que conglomerar un amplio y abierto cúmulo de comportamientos, pero al encontrarse con un acto funcional específico, se debe preferir este último en base al principio de especialidad. Esto sucede, por ejemplo, cuando concurre con el delito de omisión de cumplimiento de deber en función operativo, regulado

en el artículo 127 del Código Penal Militar Policial. La Corte Suprema⁹ precisa que omitir significa no hacer lo que se debe y puede hacer en un determinado tiempo o momento.

Para que se produzca la no realización de la acción mandada, se debe verificar la preexistencia de la ley, reglamento o directiva, que regule sus funciones; es decir, que se debe verificar la vigencia de la norma al momento de la comisión del delito.

Se exige como elemento subjetivo el dolo en primer grado, es decir, que el autor del delito haya actuado de modo *ex professo* y con la finalidad especial de omitir sus funciones, dadas en una norma legal, y para su consumación no es necesario que se produzca un resultado material o un perjuicio; sin embargo, existe una posición dentro de la justicia militar policía, de que dicho delito exige un resultado debido a que la norma exige que “atente contra el servicio”, lo cual resulta erróneo, porque dicho vocablo resulta reiterativo debido a que se busca que el sujeto activo realice un acto ilegal al cumplir una función específica.

V. PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN

El principio de imputación no se concreta en la acusación que emite el fiscal militar policial, sino que se presenta en las diferentes etapas del proceso penal militar policial, es decir, que esta garantía protege al imputado desde la etapa de investigación preparatoria; por tanto, toda autoridad que

8 La integridad institucional en la dimensión ética, es la consistencia y coherencia entre los principios, valores y normas de la institución y del ordenamiento jurídico, respecto a los procesos, conductas y resultados reales.

9 Ejecutoria Suprema del 14 de enero del 200. Expediente N° 5201-99 Loreto.

intervenga en el proceso penal militar policial, desde los actos iniciales de la investigación, debe respetar y garantizar al imputado el derecho de conocer inmediatamente y de forma comprensible cuáles son sus derechos como acusado.

Concretamente, el principio de imputación primigeniamente se materializa en la emisión de la “Disposición de Formalización de Inicio de la Investigación Preparatoria”, siendo de carácter obligatorio para el fiscal militar policial delimitar la imputación, señalando de manera concreta las proposiciones fácticas que se imputan al personal militar o policial bajo proceso, la tipificación penal y la subsunción del hecho al tipo penal con los elementos de convicción de cargo y descargo.

a) **Requisitos fácticos**

El inciso 1 del artículo 360 del Código Penal Militar Policial establece, como uno de los requisitos que debe contener la disposición de inicio de investigación preparatoria, la “*sucinta enunciación de los hechos a investigar...*” y en ese mismo tenor, el inciso 2 del artículo 375 del referido Código, dispone como un requisito de la acusación la “relación clara, precisa y detallada del hecho que se le imputa”.

Este requisito exige un relato circunstanciado y preciso de los hechos que se le atribuye al imputado, por lo tanto, el fiscal militar policial, al momento de formalizar y comunicar el inicio de la investigación preparatoria y emitir la acusación, deberá señalar de manera clara, precisa, concisa y comprensible los hechos que se le imputa al sujeto activo, debiendo comprender un relato histórico de las circunstancias del

delito (modo, tiempo, lugar), así como los elementos de convicción existentes.

b) **Requisitos lingüísticos**

La imputación debe ser formulada en lenguaje claro, sencillo y entendible. Si bien constituye un trabajo técnico jurídico, esta va ser conocida desde un soldado hasta un oficial general, que cometa un delito de función.

c) **Requisitos normativos**

Para cumplir con este requisito, previamente, el órgano encargado de perseguir el delito debe cumplir con los requisitos fácticos y lingüísticos.

Este requisito se puede descomponer en los siguientes elementos:

– **Fijar la modalidad típica**

Se describan o enuncien, de manera precisa, la concreta modalidad típica que conforman los hechos que sustentan la denuncia, es así, que el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 3390-2005-PHC/TC, caso Margarita Toledo Manrique, ha señalado que:

“El órgano jurisdiccional, cuando imparte justicia, está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de la función asignada (...) El juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumibles habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados”

Por lo que, el fiscal militar policial, al momento de emitir la “Disposición

de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatoria”, deberá informar al imputado con certeza los cargos y sobre todo la modalidad delictiva en que ha incurrido a fin de no recortarle su derecho de defensa.

– **Imputación individualizada**

En caso de pluralidad de imputaciones o de imputados, se debe determinar cada hecho y su correspondiente calificación jurídica.

Cuando el fiscal militar policial imputa varios delitos, tiene la obligación de precisar cada hecho para cada calificación jurídica, ya que la responsabilidad penal es personal e intransferible.

– **Fijar el nivel de intervención**

En caso de pluralidad de imputados, se describa de manera adecuada cada una de las acciones con presunta relevancia penal y su correspondiente nivel de intervención, ya sea como autor y/o participe.

El fiscal militar policial, desde el punto de vista jurídico penal, debe especificar y argumentar de manera concreta el nivel de autoría y participación penal de cada imputado que interviene en el hecho.

– **Señalar los elementos de convicción**

Los elementos de convicción son el resultado de las diligencias practicadas en la investigación preparatoria, conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de los autores y partícipes.

Por otro lado, el jurista arequipeño F. Mendoza señala que desde el punto de

vista operativo la imputación necesaria tiene dos componentes completamente conjugados: las proposiciones fácticas y su calificación jurídica. En efecto, las proposiciones fácticas de la imputación de un hecho punible no son libres o discrecionales, ya que están vinculadas a la aplicación de la ley. Por ello, una imputación concreta tiene la estructura de un tipo penal; sin embargo, el número de éstos no necesariamente tienen correspondencia con el número de proposiciones fácticas, ya que, una proposición fuerte requerirá de una sola proposición fáctica para afirmar la realización de un elemento del tipo, pero, si es débil, será necesaria la concurrencia de más de una proposición fáctica que configure la realización de un elemento tipo.

Un tercer aspecto a considerar son los elementos de convicción, ya que van a guiar la defensa del imputado, proponiendo la realización de actos de investigación.

VI. IMPRECISIONES AL MOMENTO DE FORMULAR LA IMPUTACIÓN

El fiscal militar policial es el encargado de la investigación preparatoria y en la etapa intermedia presenta el acto de postulación de la pretensión penal. Es así, que debe poner en conocimiento del imputado la disposición de inicio de la investigación preparatoria, la cual debe contener como mínimo la identificación plena del autor, partícipes y víctima; determinar el hecho, circunstancias y móviles de su realización; determinar si el hecho queda subsumido en un tipo penal; señalar los elementos de convicción, que doctrinariamente se le denomina imputación suficiente, y acorde al principio de congruencia, el requerimiento

de acusación fiscal, la cual también debe ser notificada a las partes, debiendo contener de manera idéntica a la disposición de inicio de la investigación preparatoria, la identificación plena del autor, partícipes y víctima; el hecho, circunstancia y móviles de su realización; la tipificación que puede variar a la del inicio de investigación preparatoria; las circunstancias que modifiquen la responsabilidad penal; pena prevista; grado de participación; análisis de los elementos de convicción de toda la investigación preparatoria y ofrecer medios probatorios para su admisión judicial – imputación necesaria.

Sin embargo, dentro del actuar diario de las fiscalías militares policiales, existe una deficiencia al formular dichas imputaciones, tanto en la disposición de inicio de investigación preparatoria como en el requerimiento acusatorio. Estas deficiencias se pueden señalar de la manera siguiente:

VI.1. Imputan como normas omitivas las cláusulas de los contratos

El ordenamiento jurídico es un sistema orgánico, unitario, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distintos niveles, que se encuentran interconectadas por su origen y que son aplicables en un espacio y tiempo determinados; asimismo, se encuentra estructurado en tres niveles: en el primero se encuentra la Constitución y las normas con rango constitucional; en el segundo las leyes y normas con rango similar y en el tercer nivel los actos administrativos.

De otro lado, las normas que rigen a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional se encuentran sustentadas en el artículo 168 de la Constitución Política del Estado, en los términos siguientes:

“Las leyes y 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”

Dentro de este sistema normativo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no se encuentran, per se, los contratos, toda vez que estos son manifestaciones de voluntad de las partes, siendo una de estas partes el Estado, y se guían por el principio de autonomía de la voluntad.

Es común observar que en las disposiciones de inicio de la investigación preparatoria, emitidas por la fiscalía militar policial, se imputen la omisión de cláusulas de contratos para obtener servicios, bienes y obras y al término de la investigación continúen imputando la omisión de dichas cláusulas –etapa intermedia–, quedando únicamente al juez de garantías emitir un auto de sobreseimiento de oficio o quitar de la acusación dichas cláusulas por no ser normas legales.

Si bien dichas imputaciones siguen subsistiendo en las fiscalías militares policiales, sin embargo, la vocalía suprema marcó un hito importante al declarar fundada la excepción de naturaleza de acción recaída en el Expediente Judicial N° 0012-20018, al establecer que los contratos no son normas legales imputables en el delito de omisión, por cuanto, “Según la teoría de Hans Kelsen, nuestro ordenamiento jurídico se encuentra estructurado por tres niveles, siendo el primer nivel la Constitución; segundo nivel, actos legislativos; y, tercer nivel, actos administrativos. Sin embargo, los contratos no se encuentran dentro de estos niveles, ya que, de manera general, estos se rigen por el principio de la autonomía de voluntad; pero en el caso de los contratos dentro de la administración pública, de manera general, es un acuerdo de voluntades entre dos

o más partes, que sirven para crear, regular, modificar y extinguir una relación jurídica patrimonial, donde una de las partes es el Estado, quien ejerce su poder para limitar dicha autonomía.”

En ese mismo sentido, señaló que: “Se desnaturaliza el delito de función al imputarle el incumplimiento de una cláusula contractual (subrayado agregado por el autor), el mismo que es un acuerdo legal entre dos partes con capacidad jurídica, quienes se obligan mutuamente y regulan sus relaciones a una determinada finalidad, teniendo como función elemental originar efectos jurídicos y cuyo incumplimiento está sujeto a normas ajenas al FMP.”

VI.2. Imputan normas no vigentes al momento de la comisión de los hechos

Una norma legal se considera vigente cuando se ha emitido siguiendo los procedimientos mínimos necesarios, previstos en el ordenamiento jurídico, y ha sido aprobado por el órgano competente.

Las funciones que desarrollan las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se encuentran, de manera general, en la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa, Ley del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Ley del Ejército del Perú, Ley de la Marina de Guerra del Perú, Ley de la Fuerza Aérea del Perú, Ley de la Policía Nacional del Perú y otras normas conexas, y de manera específica, las funciones que cumple el personal militar y policial se encuentran contenidas en los reglamentos, manuales de organización y funciones y directivas emitidas por cada Instituto.

El Manual de Organización y Funciones (MOF), es un documento normativo que describe funciones específicas a nivel

de cargo o puesto de trabajo, desarrollándolas a partir de la estructura orgánica y funciones generales establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), así como en base a los requerimientos de cargos considerados en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP). Estas tienen vigencia desde el día siguiente de que el titular de la entidad las aprueba, mediante la resolución correspondiente.

Las directivas son documentos normativos o de lineamientos técnicos normativos, que se formulan en atención a las necesidades de los diferentes órganos, así como acciones internas que deben realizarse en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes o lineamientos de política institucional, o la mejora de procesos, en el ámbito de su competencia; estas tienen vigencia desde el día siguiente que el titular de la entidad las aprueba mediante resolución.

El problema se da cuando el fiscal militar policial imputa la omisión de alguna función específica contenida en el “Manual de Organización y Funciones” o directivas no vigentes, al momento de la comisión del hecho delictivo. Al ser estas normas internas y no haber sido publicadas en el diario oficial “El Peruano”, los fiscales deberían solicitar la copia autenticada de la resolución que los aprueba, a fin de determinar que las funciones omisivas imputadas se encuentren vigentes al momento de la comisión del delito.

VI.3. Las normas omitivas imputadas no son propias del imputado

El delito de desobediencia, al proteger bienes jurídicos que constituyen deberes funcionales propios de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, no admite que el sujeto activo sea cualquier militar o policía, sino que, al ser deberes personalísimos, el

autor debe de desempeñar dicha función, por lo cual no puede dividirse ni compartirse la autoría. En concreto, el **órgano fiscal militar policial no puede imputar al sujeto activo la omisión de una función contenida en una norma**, cuando no esté dentro de su competencia.

No obstante ello, por ejemplo, en el Expediente Judicial N° 0028-2017, la fiscalía militar policial imputó al acusado haber suscrito, como Jefe de la Oficina de Apoyo Técnico del SMGE, un “Acta de Recepción y Conformidad”, por lo que a través de su conducta habría omitido el párrafo 3, literal “a” del numeral 6), de la Directiva N° 001-2011/DILOG/ SD ABASTO/D-4.a.1, donde se regula las “Funciones del Comandante General”, y el párrafo 1 y 2 del literal “m” del numeral 4), de la Directiva N° 003-2007-SD ABAST/DILOG/ D-4.a.1, que establece las funciones del Comité de Recepción y Conformidad.

En este caso, la vocalía suprema, al emitir el auto de sobreseimiento, señaló que: “Entendida así la descripción típica del delito, resulta evidente que la imputación fáctica, consistente en haber firmado el Acta de Recepción y Conformidad, no se adecua a la figura penal de Desobediencia, pues mientras las imputaciones hacen referencia a obligaciones del Comandante General del Ejército y al Comité de Recepción y Conformidad, el imputado, como ya se dijo, tenía una función diferente como jefe de la Oficina de Apoyo Técnico del SMGE”

VI.4. Variación de la norma omitiva imputada en la investigación preparatoria al presentar la acusación

Otro de los casos problemáticos resulta cuando el fiscal militar policial abre investigación preparatoria por la omisión contenida en una directiva, y cuando emite la acusación respectiva imputa al procesado haber omitido otra función, no señalada en el inicio de la investigación preparatoria, vulnerando el principio de congruencia, que en términos generales busca que lo que fue objeto de formalización de la investigación preparatoria sea también el objeto de la acusación, y que los argumentos en ambos momentos sean idénticos.

VI.5. Los delitos de bagatela en los delitos de omisión

Uno de los puntos más trascendentales en el Derecho penal, y específicamente en el Derecho penal militar policial, es que antes que se inicie la investigación preparatoria, consecuentemente se active el aparato jurisdiccional militar policial, la fiscalía militar policial debe determinar y delimitar cuando estamos ante un delito militar policial, per se, o en ante un delito de bagatela.

Los delitos de función protegen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que sean relevantes para su existencia, organización, operatividad y cumplimiento de las misiones que se les ha asignado. En ese mismo sentido, el Código Penal Militar Policial y el Tribunal

Constitucional¹⁰ señalan que este tipo de delitos se refieren a atentados contra bienes jurídicos que afecten o pongan en riesgo la existencia, organización, operatividad, funciones, actuación, disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y la seguridad del Estado.

En cambio, los delitos de bagatela son aquellas conductas de ínfima trascendencia que afectan bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, de un modo no significativo para el sistema penal militar policial, los mismos que se pueden clasificarse en propios¹¹ o impropios¹².

Al respecto, la Sala Suprema de Guerra, en el Expediente Judicial N° 1033-2019, señaló:

“Se encuentra en la obligación de evaluar adecuadamente si la conducta imputada reúne los presupuestos formales y materiales del tipo penal de Desobediencia, además se requiere

evaluar si la conducta de la imputada está amparada por el principio de lesividad para determinar si es una conducta que traspasa los linderos de una infracción administrativa y es altamente vulneratoria para los bienes jurídicos castrenses.”

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El delito de desobediencia tiene gran incidencia en la administración de justicia penal militar policial, por tanto, la fiscalía militar policial debe tener el mayor celo y dedicación al momento de formular las imputaciones del caso y tener en cuenta las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales del Fuero Militar Policial, a fin de que no queden impunes dichas conductas y no se mueva todo el aparato jurisdiccional durante la investigación preparatoria y etapa intermedia, para que en esta última etapa se sobresean los casos por las deficientes imputaciones formuladas.

11 Delitos de bagatela propia son los que nacen ya sin relevancia penal, porque no hay un desvalor en la acción, es decir no existe peligrosidad en la conducta o porque no hay desvalor del resultado, es decir, el ataque al bien jurídico no es tan grave o importante.

12 Delitos de bagatela impropia, estas nacen con relevancia penal para el derecho penal, es decir hay un desvalor en la acción y en el resultado, pero en el caso concreto resulta innecesario imponer una pena, en el derecho común se tienen las soluciones alternas como el principio de oportunidad.

LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO DEL TERCERO CIVIL RESPONSABLE EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL EN EL PERÚ

SUMARIO: I. LOS DERECHOS DEL TERCERO CIVIL RESPONSABLE EN EL PROCESO PENAL PERUANO; II. EL GARANTISMO JURÍDICO Y EL DEBIDO PROCESO; III. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y EL DEBIDO PROCESO; IV. EL DEBIDO PROCESO DEL TERCERO CIVIL RESPONSABLE EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL; V. CONCLUSIONES; Y VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN:

El autor resalta que en el Código Procesal Penal se regula la figura del tercero civil responsable, sujeto o sujetos procesales que van a ingresar a la esfera del proceso penal por tener responsabilidad civil conjunta con el autor de la comisión de un delito, a fin de determinar todo lo relacionado con la reparación civil. Según el autor, este sujeto procesal sufre la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto la doctrina, la jurisprudencia y la ley no determinan el momento en el que debe ser incorporado al proceso penal, máxime si la estructura de juzgamiento del Código Procesal Penal está dividida en etapas. La investigación preparatoria que cuenta con dos fases: la investigación preliminar (diligencias preliminares) y la investigación preparatoria propiamente dicha o formalizada; la etapa intermedia y de juzgamiento.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ABSTRACT

The author emphasizes that the Criminal Procedure Code regulates the figure of the responsible civil third party, procedural subject or subjects who are going to enter elsewhere in criminal procedure for having joint civil responsibility with the perpetrator of the commission of a crime, in order to determine everything related to civil compensation. According to the author, this procedural subject suffers the violation of his fundamental right to due process since the doctrine, jurisprudence and the law do not determine the moment in which he must be incorporated into the criminal process, especially if the judgment structure of the Criminal Procedure Code is divided into stages. The preparatory investigation that has two phases: the preliminary investigation (preliminary proceedings) and the actual or formalized preparatory investigation; the intermediate and judging stage.

I. LOS DERECHOS DEL TERCERO CIVIL RESPONSABLE EN EL PROCESO PENAL PERUANO

En nuestro ordenamiento interno, la institución de la reparación civil es considerada como un simple apéndice del derecho procesal penal, lo que conlleva a la directa vulneración del derecho fundamental al debido proceso, entre otros, del tercero civil responsable.

Uno de los problemas poco advertidos sobre la participación del tercero civilmente responsable es el momento en el que debe ser incorporado al proceso penal, máxime si la estructura de juzgamiento de nuestro Código Procesal Penal está estructurado en etapas, como señala ROSAS (2014): Es necesario precisar que la investigación preparatoria, como primera etapa del proceso

común, tiene dos fases: la investigación preliminar (diligencias preliminares) y la investigación preparatoria propiamente dicha o formalizada (p.1081), la Etapa Intermedia y la Etapa de Juzgamiento.

En ese sentido, advertimos que el momento en el que debe ser incorporado al proceso penal el tercero civil responsable no está claro; así, existe la necesidad de establecer criterios objetivos en torno a la oportuna intervención en el proceso penal del tercero civil responsable, para una efectiva tutela de sus derechos fundamentales, que debiera ocurrir desde la etapa de la investigación preliminar.

Hay carencia de criterios objetivos en la redacción del Código "Procesal Penal sobre este punto. Si bien encontramos tesis e investigaciones sobre el tema, no se ha emitido ningún acuerdo plenario respecto al momento u oportunidad en el que debe constituirse en parte del proceso, el tercero civil responsable.

Nos preguntamos: ¿la forma en la que se encuentra redactada la norma en el Código Procesal Penal, respecto al momento en el que debe ser incorporado al proceso el tercero civil responsable, vulnera el debido proceso?; de ser así, ¿cómo se da o se plasma esta vulneración? En ese orden de ideas, este artículo tiene como propósito generar cuestionamientos alrededor de este sujeto procesal y, al mismo tiempo, acercarnos a los conceptos o definiciones de determinados elementos jurídicos como debido proceso, qué es el actor civil y el tercero civil responsable, cuáles son las atribuciones del representante del Ministerio Público respecto a ser titular de la acción civil, que se desprende como consecuencia de la comisión de un ilícito penal, a fin de lograr su reparación; en fin, buscamos también debatir

respecto a cuál sería el momento de incorporación del tercero civil responsable, a fin de que se respeten sus derechos procesales, consagrados en nuestra Carta Magna y demás normas supra nacionales e internas.

II. EL GARANTISMO JURÍDICO Y EL DEBIDO PROCESO

En forma sumaria, es importante previamente precisar algunas nociones sobre los elementos necesarios para llevar a cabo este estudio, entre ellos:

II.1. Teoría de los derechos fundamentales

Gran parte de los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivados en las constituciones estatales. La Constitución, si bien es una norma política en la medida que organiza y garantiza el ejercicio de poder, es fundamentalmente una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y para los propios particulares, sin excepción alguna.

En efecto, “toda norma que quiera llamarse realmente Constitución debe ser concebida como un instrumento jurídico dirigido a limitar, efectivamente, el ejercicio del poder, en particular del poder político.

Los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales que permiten accionarlos no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración e incluso entre los particulares.

Para Haberle, citado por Macho (2005), los derechos fundamentales tienen como finalidad la preservación de determinados ámbitos vitales de las personas, contra la injerencia del estado o de sus actores” (p.353)

II.2. Tutela de los derechos fundamentales

II.2.1. Garantismo jurídico

El principal propulsor del “Garantismo Jurídico” es Luigi Ferrajoli, quien pensaba que ante un exceso del poder había que neutralizarlo, teniendo el derecho un rol trascendental, esto es, un sistema de garantías que tutele el derecho. La garantía, si bien es cierto pertenece al ámbito civil, en este caso nos referimos al ámbito constitucional. Sobre el Garantismo en materia penal, nos dice Ferrajoli (2006): que, en materia penal, se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo, que va a intentar detener o limitar la actuación a veces desmedida del poder punitivo del Estado.

El aspecto garantista radica en la vigencia de las instituciones que garantizan el debido proceso y el respeto absoluto de los derechos fundamentales y, adicionalmente, deberían existir mecanismos procesales para asegurar el cumplimiento y el respeto de los principios y los derechos inmersos en el proceso.

II.2.2. Derecho al debido proceso

Siguiendo la línea trazada por (CAS-TILLO, 2010, p.9 y ss.), abordaremos brevemente sobre el significado del derecho fundamental del debido proceso o proceso justo. Desde la opción filosófica, el sustento del debido proceso es resaltar a la persona como un fin, por tanto, se debe considerar a este derecho como un derecho humano. Desde la vertiente del derecho positivado, será lo que nuestra norma constitucional considere debido proceso, ya sea de lo taxativamente contemplado en su contenido, o como resultado de las interpretaciones de los contenidos constitucionales realizados por el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, debemos hacer referencia que las personas, como parte natural de su coexistencia, siempre estarán expuestos a conflictos de intereses o pretensiones, que deben ser resueltos para lograr una convivencia pacífica. Esta solución debe ser justa y ello implica reconocer a la persona en sí misma, por ser persona.

Adoptar una decisión justa implicará, básicamente: 1) que la decisión que se adopte provenga de una justificación razonada, conforme a la naturaleza de las cosas, y no por uso de la fuerza. Esta última se debe entender que es soslayable como mecanismo de solución y 2) que la solución provenga de un proceso donde se haga presente una serie de garantías que permitan asegurar que la solución es consecuencia de una decisión razonada justamente.

De manera sintética y didáctica, estos dos elementos permiten identificar de plano el núcleo esencial del derecho fundamental del debido proceso. Así, del primer concepto, se puede concluir como contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso, la facultad de acceder a la justicia institucionalizada, en este caso, en el Perú.

Por otro lado, del segundo concepto podemos concluir, como contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso, que al conjunto de elementos que aseguran la solución justa de los problemas jurídicos se les denomina garantías, por cuanto un proceso tiene como finalidad la solución de una controversia o litigio.

El derecho fundamental al debido proceso se encuentra regulado (Castillo 2010) en el artículo 139, inciso 3, de nuestra Carta Magna, cuyo contenido esencial se refiere primero a la facultad de acceder a los órganos de administración de justicia; segundo,

tiene también como contenido esencial al conjunto de garantías del proceso que promueven llegar a una solución justa y, tercero, tiene como contenido esencial a la ejecución de la sentencia justa.

En cuanto al artículo 139.3 de la Constitución, identificamos dichas garantías como: la garantía de la exclusividad jurisdiccional que recae en los jueces del poder judicial, según el artículo 139.1 de la Constitución; la garantía de ser juzgado por un juez independiente, artículo 139.2; la garantía de la cosa juzgada, artículo 139.2; la garantía de ser juzgado en la jurisdicción y según el procedimiento previamente establecido en la ley, artículo 139.3; la garantía de publicidad en los procesos, artículo 139.4; la garantía de motivación escrita de las resoluciones judiciales, artículo 139.5; la garantía de la pluralidad de instancias, artículo 139.6; la garantía de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, artículo 139.8; la garantía de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos, artículo 139.9; la garantía de no ser penado sin proceso judicial previo, artículo 139.10; la garantía de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto temporal de leyes penales, artículo 139.11; la garantía de no ser condenado en ausencia, artículo 139.12; la garantía de defensa en todo proceso, artículo 139.14; la garantía de la gratuidad de la administración de justicia, artículo 139.16; la garantía de defensa gratuita para personas de escasos recursos y para las que la ley señale, artículo 139.16; la garantía de que no puede ejercer función judicial aquel que no ha sido nombrado por la forma prevista en la Constitución y la ley, artículo 139.19.

Igualmente, mencionamos que el derecho fundamental al debido proceso tiene

dos dimensiones; estas son: la dimensión formal y la dimensión sustantiva. Con respecto a la primera, es decir, a la dimensión formal, señalamos que el contenido del derecho al debido proceso viene configurado por el conjunto de garantías que atañen al desenvolvimiento del proceso, desde su inicio hasta la ejecución de lo decidido. Esta dimensión formal está relacionada con las formalidades estatuidas en un proceso (Exp. 02424-2004-AA/TC, de 18 de febrero de 2005. j.2). Ellas implican considerar las reglas esenciales con las que se tramita un proceso, entre ellas el juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.).

Con respecto a la segunda dimensión, la dimensión sustantiva o material del debido proceso, la misma que está conformada por el aseguramiento de la consecución del bien humano, que subyace al derecho fundamental al debido proceso y que su resultado sea una decisión justa, lo que conlleva al respeto de la dignidad de la persona.

Para lograr esa decisión justa con respecto al debido proceso, implica tomar en consideración una serie de parámetros materiales, íntimamente vinculados al valor justicia, que tienen que ver con la razonabilidad de las decisiones, de modo que deban ser rechazadas por vulneradoras del derecho fundamental al debido proceso aquellas que siendo procedimentalmente impecables, adolecen de elementales exigencias de razonabilidad y de proporcionalidad, conforme señala el Tribunal Constitucional al afirmar que el debido proceso en su faz sustantiva se vincula con los estándares de justicia como razonabilidad y proporcionalidad, que toda decisión con la que se pone término a una controversia, debe suponer. (Exp. 00917-2007-PA/TC, f. j.14)

La sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 0090-2004-AA/TC f. j.35), como se citó en (CORDOVA: 2010), señala que la proporcionalidad es una modalidad más de razonabilidad. El Tribunal Constitucional, al examinar este punto, consideró que la proporcionalidad y, por ende, la razonabilidad es un principio general del derecho enunciativamente positivizado, cuya satisfacción ha de examinarse en cualquier ámbito del derecho. Así, en nuestra Carta Magna se han contemplado estas dos exigencias, en el artículo 200, In Fine (Exp. 00010-2000-AI/TC f. j.138 del 3 de enero de 2003).

II.2.3. ¿De qué manera se vulnera el derecho al debido proceso?

El derecho fundamental al debido proceso se vulnera en la medida en que los operadores de justicia soslayan los derechos y las garantías constitucionales que son de obligatorio cumplimiento, señala (RIOJA:2016); por ejemplo, la observancia y respeto del derecho de defensa que es consustancial a la idea de un proceso debido, señala que este derecho que atraviesa transversalmente todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia, y a su vez garantiza que un justiciable no quede en estado de indefensión, en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden penal, civil, fiscal o de cualquier otro carácter. Agrega, que entre los atributos del derecho de defensa se encuentra el derecho de todo procesado a elegir libremente a su abogado defensor y ser asistido por éste, además de poderse comunicar libre y privadamente con él. Con su libre ejercicio se permite que una persona sometida a una investigación penal tenga la oportunidad dialéctica de alegar y justificar, técnica y procesalmente, los cargos que se le imputan en el proceso (p.614).

Así, (QUIROGA, citado por RIOJA, 2016, p.615) sostiene que el derecho de defensa constituye una de las principales garantías del debido proceso, la misma que puede ser comprendida como la posibilidad que tiene todo ciudadano, dentro de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oído, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas que se hayan imputado en su contra, así como solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables y ejercitar los medios impugnatorios necesarios que la ley faculta.

Se puntualiza que la importancia de esta garantía de carácter constitucional gravita en que, con su ejercicio, se busca impedir la arbitrariedad por parte de las demás entidades encargadas de la administración de justicia, ya sea en sede jurisdiccional o administrativa, y evitar decisiones injustas, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado. (RIOJA: 2016, p. 615)

II.2.4. Tercero civil obligado o tercero civil responsable

Se designa tercero civil obligado, a aquél que, sin haber participado en la comisión del delito, responde civilmente por el daño causado. Font (1991) precisa que:

“Esta responsabilidad requiere del cumplimiento de dos requisitos: a) el responsable directo o principal está en una relación de dependencia (el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio, sino sometido, aunque sea potencialmente a la dirección y posible intervención del tercero), y b) el acto generador de la

responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios. (p.44)

La relación de dependencia, sostiene Moreno Catena, citado por Gimeno (1996), puede ser “onerosa o gratuita, duradera o permanente o puramente circunstancial y esporádica de su principal o, al menos, la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuenten” (p.209), como se ha precisado, con beneplácito, anuencia o aquiescencia del tercero civil obligado, y el hecho realizado se halle inscrito dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, cometido o tarea confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación.

II.2.5. Actor civil

Señala (CASTAÑEDA, 2014, p.338) que el actor civil, para ser considerado como tal, deberá seguir lo contemplado en los artículos 98 y siguientes del Código Penal Adjetivo, que establece el camino para ejercitar dicha acción a la solicitud de constitución en actor civil. Precisa que el agraviado o perjudicado que ha sufrido un daño como resultado de la comisión de un delito, tiene respecto del autor o partícipes del mismo, o del tercero civil una pretensión resarcitoria que la norma penal adjetiva lo faculta para perseguir a través del órgano jurisdiccional. Es decir, con la solicitud de constitución en actor civil, activa el mecanismo por medio del cual el perjudicado por el delito ejerce su derecho a accionar naturalmente cumpliendo con lo señalado en el artículo 100 del Código Adjetivo Penal, que son los requisitos para constituirse en actor civil, vale decir, cumpliendo con las condiciones de la acción, entre ellos, el

interés para obrar y la legitimidad para ello, a fin de que el juez pueda emitir un pronunciamiento válido sobre la pretensión patrimonial del perjudicado por la comisión del delito. En ese sentido, es procedente aplicar en la solicitud de ser considerado actor civil lo contemplado en el artículo 424, incisos 4 y 8, del Código Procesal Civil, que es el petitorio de la demanda y el monto, donde el juez únicamente evaluará las condiciones de la admisibilidad.

III. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y EL DEBIDO PROCESO

El modelo procesal penal incorporado el año 2004 tiene como base un sistema penal acusatorio con rasgos adversariales y tiene, entre sus líneas directrices, a la separación de funciones como son la investigación y el juzgamiento.

El proceso penal prototipo que se sistematiza en el libro tercero, es el llamado proceso común, el cual tiene, como su primera etapa, la investigación preparatoria, precisándose que la finalidad de esta etapa es reunir o conseguir los elementos de convicción, ya sean de cargo como de descargo, que orienten al fiscal a determinar si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Además, tiene entre sus propósitos determinar si la conducta atribuida es delictuosa, las circunstancias o móviles de la forma como se ocasionó, la identificación del autor o partícipe y de la víctima, así como de la existencia del daño causado; es decir, en este último propósito ya podríamos ir perfilando la existencia de un potencial o probable tercero civil responsable.

Asimismo, precisemos que la dirección de la investigación preparatoria está

a cargo del fiscal, que puede realizar la investigación directamente o encargarle a la policía esa tarea. Las diligencias de investigación que se lleven a cabo permitirán conducir al esclarecimiento de los hechos y estas diligencias pueden llevarse a cabo por propia iniciativa del fiscal o a pedido de parte. Sobre este último punto, podemos ir ingresando la interrogante de si el probable o potencial tercero civil responsable podría apersonarse al proceso y solicitar que se practiquen determinadas diligencias para el esclarecimiento de los hechos, máxime si el fiscal, para su investigación, cuenta con la colaboración de las autoridades y funcionarios públicos. Es más, el fiscal podría disponer que se adopten medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos, entre ellas proteger, aislar indicios materiales en los lugares en donde se lleve a cabo la investigación de un delito. En esta etapa ya aparece el juez de garantías para atender los requerimientos, tanto del fiscal como de las demás partes, entonces reiteramos la interrogante, ¿el probable o potencial tercero civil responsable ya puede hacerse presente sin previamente haber sido incorporado válidamente al proceso en esta etapa de investigación preparatoria? Recordemos, como señala ROSAS (2011, p.1081), la investigación preparatoria como primera etapa del proceso común tiene dos fases: la investigación preliminar (diligencias preliminares) y la investigación preparatoria propiamente dicha o formalizada.

Las diligencias preliminares o la investigación preliminar tiene como finalidad o propósito inmediato realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas

involucradas en la misma, incluyendo a los agraviados, y por lo menos, citar al probable tercero civil responsable (ROSAS, 2011, p. 1089). Entonces surge la pregunta: ¿se debe identificar en esta etapa al probable o potencial tercero civil responsable o se debe esperar a la formalización de la investigación para que recién, a pedido del fiscal o del actor civil, se resuelva su incorporación o no al proceso como sujeto legitimado tercero civil responsable?

El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 334.2 del Código Procesal Penal, modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076, de 19 de agosto de 2013, es de sesenta días, plazo que no forma parte de la segunda fase de la investigación preparatoria, que es la investigación preparatoria propiamente dicha o formalizada, ello debido a que cada fase persigue su propia finalidad, porque, una y otra, tienen propósitos o finalidades distintas. Es decir, la primera fase, las diligencias preliminares, son para concluir si se formaliza o no la investigación preparatoria. Y la segunda fase, es la investigación preparatoria propiamente dicha o formalizada y tiene como propósito y/o finalidad, determinar si se acusa o no (ROSAS, 2011, p.1094). La fase preparatoria preliminar tiene su plazo y si se excede este plazo, se somete a un tipo de control que está regulado en el artículo 334.2, mientras para el exceso de plazo de una investigación formalizada, rige el artículo 343. Respecto a los plazos de diligencias preliminares existe la Casación 02-2008, La Libertad, del 03 de junio del 2008.

Sobre la fase preliminar se señala que quien se considere afectado por un exceso de plazo solicita al fiscal dé término a la fase preliminar y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable

y desproporcional con la finalidad de la investigación, el afectado puede recurrir al juez de la investigación preparatoria, dentro de cinco días, pidiendo su pronunciamiento, quien debe resolver el asunto en audiencia, con presencia del fiscal y del solicitante. Surge ahora la pregunta: ¿puede el potencial o probable tercero civil responsable considerarse afectado e iniciar este pedido al fiscal y posteriormente ante su negativa recurrir ante el juez de garantías? ¿De negarse la solicitud a este potencial tercero civil responsable, se le está afectando su derecho a la defensa como una garantía del debido proceso fundamental?

Finalmente, concluiremos señalando sobre esta fase preliminar, si el fiscal, al calificar la denuncia o después de haber llevado a cabo las diligencias preliminares, concluye que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción establecidas en la ley, debe declarar que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria. En tal caso debe ordenar su archivo y notificar al denunciante y al denunciado para que estos sujetos puedan hacer valer su derecho de apelar o no. ¿Debería el fiscal en tal situación notificar esta disposición al potencial tercero civil responsable?

De manera concisa, la investigación preparatoria formalizada suspende la prescripción de la acción penal; asimismo, el fiscal pierde la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial; así esta fase procesal constituye por sí misma el inicio del proceso penal y por ello se comunica al juez la apertura y el juez es quien resuelve. En este punto nos preguntamos: ¿el fiscal, en el momento en que comunica su decisión de formalizar la investigación preparatoria debería solicitar la incorporación al proceso penal del tercero civil responsable,

si es que el agraviado o el actor civil aún no han tomado iniciativa alguna?

Al respecto, en la actualidad, la norma contempla que el momento en que debe ser incorporado el tercero civil responsable es hasta antes de la conclusión de la investigación preparatoria propiamente dicha, vale decir, siguiendo la misma ruta del actor civil y que sobre este último la norma procesal penal establece, conforme al 101: “la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la investigación preparatoria”; igualmente, el artículo 91 señala, respecto de las personas jurídicas que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en el artículo 94 del Código Penal, su inclusión se dará “(...) en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes son insuficientes” y la oportunidad para presentar la solicitud deberá ser formulada al juez de la investigación preparatoria hasta antes de darse por concluida la investigación preparatoria.

IV. EL DEBIDO PROCESO DEL TERCERO CIVIL RESPONSABLE EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL

IV.1. Criterios para determinar la responsabilidad del Tercero Civil Responsable

El Código Procesal Penal del 2004 señala, respecto a la citación a las personas que tengan responsabilidad civil:

“Artículo 111.-1. Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso

penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil. 2. La solicitud deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100-102, con indicación del nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico con el imputado”.

Los fundamentos remotos de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal son comunes. Por ello, se afirma que “la reparación estaba teñida de venganza por parte de la víctima y de punición respecto del culpable”.

A la responsabilidad civil por el hecho de otro se le ha conocido como responsabilidad refleja, responsabilidad vicaria, o responsabilidad indirecta porque la obligación de indemnizar “se transfiere y puede ser demandada por la víctima a quienes, sin ser autores directos del hecho productor del perjuicio, se hallan vinculados a éstos mediante relaciones legales (Mori: 2019, p. 24).

Se trata de una responsabilidad excepcional porque el principio general es el de responder por los hechos propios, no por los ajenos. Es, por ello, que la responsabilidad por el hecho de otro sólo se presenta “en los casos en que la ley autoriza al damnificado a reclamar a quien sin haber obrado el acto que causa daño, debe indemnizarlo, en atención a su particular vinculación con el victimario.”

El fundamento jurídico de la responsabilidad civil por el hecho de otro varía en función de concebirla como una responsabilidad subjetiva o como una responsabilidad objetiva.

Cuando se la ha conceptualizado como una responsabilidad subjetiva, se ha afirmado su fundamento en la culpa del responsable que faltó a su deber de “elegir bien” o

de “vigilar” con cuidado. Cabe notar que cuando se adopta esta posición no se le está haciendo responder al obligado, en verdad, por un hecho ajeno, sino por su propio hecho culposo, ya sea de culpa al elegir o de culpa al vigilar.

Frente a esta posición, se ha elaborado la teoría de la responsabilidad objetiva que prescinde totalmente de la existencia o no de culpa en el responsable. Este responde, simplemente, porque la ley así lo señala.

Hemos visto que la regla es que cada cual responda por sus propios hechos, por lo tanto “la técnica de extender” la responsabilidad a otro es excepcional. Por ello, como expresa Parellada, “de tal carácter se deriva que su interpretación no es extensiva y que la prueba de sus requisitos recae sobre aquel que pretende valerse de ella”.

IV.2. La responsabilidad por los dependientes

La responsabilidad por el hecho de otro puede tener distintos orígenes: Responden los padres por los actos que realicen sus hijos menores, los tutores por los de sus pupilos, los curadores por los mayores sujetos a curatela, el dueño del vehículo cuyo chofer causa daños en el cumplimiento del servicio encargado y, el patrono o principal por los daños cometidos por el dependiente bajo sus órdenes y en cumplimiento de su función.

El Código Civil Peruano de 1984 establece en su artículo 1981 que: “Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”.

IV.3. Derechos y garantías regulados para el tercero civil.

En cuanto a su actuación procesal, el tercero civil, para defender sus intereses patrimoniales, goza de todos los derechos y garantías que se reconocen al imputado, así lo reconoce el Código Procesal Penal 2004, en los artículos 111 y siguientes.

“Ello se hace, como enseña MANZANI, a los fines de protección y no a los fines de persecución o coerción. Como tal, el tercero civil tiene derecho a nombrar su abogado defensor, a intervenir en las diligencias procesales, a interponer solicitudes probatorias, a impugnar las resoluciones que le causen agravio, a formular oposiciones, a plantear cuestiones previas, prejudiciales, excepciones y todo otro medio de defensa, en resguardo de sus intereses legítimos” (San Martín, 1999, p.210).

De acuerdo al artículo 112, el trámite en sede judicial para la constitución en parte del tercero civil será el previsto, en lo que corresponda, en el artículo 102, con su activa intervención.

Si el Juez considera procedente el pedido, mandará notificar al tercero civil para que intervenga en el proceso, con copia del requerimiento. También dará inmediato conocimiento al Ministerio Público, acompañando el cuaderno, para que le otorgue la intervención correspondiente. Sólo es apelable la resolución que deniega la constitución del tercero civilmente responsable.

IV.4. Derechos y garantías del tercero civil

- a) El tercero civil, en lo concerniente a la defensa de sus intereses patrimoniales, goza de todos los derechos

y garantías que el Código Procesal Penal concede al imputado.

- b) Su rebeldía o falta de apersonamiento, luego de haber sido incorporado como parte y debidamente notificado, no obstaculiza el trámite del proceso, quedando obligado a los efectos indemnizatorios que disponga la sentencia.
- c) El asegurador podrá ser llamado como tercero civilmente responsable, si éste ha sido contratado para responder por la responsabilidad civil.

IV.5. Responsabilidad civil ex delito

La comisión de un delito también genera lo que se denomina la responsabilidad civil ex delito. Manifiesta San Martín (1999) que: “El delito es, ante todo, un acto ilícito y está considerado como una fuente de obligaciones en el código civil” (p. 22). Dicho código regula, en lo no prescrito específicamente por el código penal (Art. 101), las bases de la responsabilidad por la comisión de un delito que ha originado un daño concreto a una persona natural o jurídica.

Nuestro derecho sustantivo penal impone obligatoriamente la persecución penal y la satisfacción del perjuicio patrimonial, sean estos material o moral, y que haya sido padecido por la víctima conforme lo establece el Art. 92.

La reparación civil comprende las acciones restitutorias, reparatorias e indemnizatorias. Según corresponda (Art. 93). Además, se exige tanto a los responsables directos como a los indirectos. El Art. 95 del código penal sustituye una responsabilidad directa a cargo de los responsables materiales del hecho punible (autores y partícipes)

y una segunda responsabilidad, indirecta, imputable a los terceros civiles obligados. Ambos sujetos tienen una responsabilidad solidaria.

IV.6. Acumulación de pretensiones en el ámbito penal

Si existe una pretensión procesal de naturaleza resarcitoria, y que esta nace de la existencia de un daño causado por haberse cometido un delito, los sistemas procesales pueden optar o por prever que su tramitación, conforme a su naturaleza se debe encausar dentro de un proceso civil, o por establecer un mecanismo de acumulación de pretensiones, la resarcitoria que es de naturaleza civil y la pretensión punitiva, debiendo tramitarse ambas en sede penal del proceso penal.

Si se opta por el sistema de acumulación de la pretensión resarcitoria a un proceso penal, debe quedar claro que ello no modifica la naturaleza civil, por tanto, su tratamiento en vía penal, respecto al resarcimiento por el daño causado, debe quedar claro que únicamente se debe a razones de economía y celeridad procesal, a fin de evitar lo que se llama peregrinaje de jurisdicciones. Sánchez (se citó en CASTAÑEDA, 2014, p.334).

En ese sentido, señalamos que el fundamento de la pretensión resarcitoria es el daño y no el delito. De otro lado, el hecho que nuestro sistema procesal haya adoptado un sistema de acumulación de pretensiones, en este caso la pretensión civil en el proceso penal, no implica que la pretensión resarcitoria haya perdido su naturaleza que es la sede civil, por tanto, no se aplican ni las normas ni los principios del derecho penal sino los referidos al derecho de daños previsto en la legislación civil, la cual

implica utilizar los factores atributivos de responsabilidad civil que en general son de naturaleza objetiva, la cual la diferencia del derecho penal, donde sus factores de atribución son de naturaleza subjetiva que son el dolo y la culpa, ello acorde a lo que señala el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. Este último criterio fue desarrollado en el (**ACUERDO PLENARIO SUPREMO N°6-2006/CJ-116. f.j.7**) que señala: “La reparación civil que legalmente define el proceso penal y está regulada en el artículo 93 del código penal, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal, existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distinto entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando compartan un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil (...)”

V. CONCLUSIONES

- La incorporación al proceso del tercero civil debe realizarse antes de la culminación de la etapa de la investigación preparatoria, es decir, que el representante del Ministerio Público, ante la falta de intervención inmediata del agraviado o del actor civil sobre el tema de la reparación, deberá solicitar al juez de la investigación preparatoria la incorporación al proceso penal del tercero civil responsable, conjuntamente con su decisión formal de continuar con las investigaciones preparatorias, y ello permitirá que se lleve a cabo la audiencia de incorporación,

en la cual se debatirá la procedencia o no del mismo.

- En la etapa preliminar de la investigación preparatoria, el potencial tercero civil seguiría siendo una posible parte con facultades para todo lo que represente su derecho a la defensa, pero que dicha intervención deberá limitarse, en lo posible, al pago de reparación civil. Esto implicaría respetarle el derecho de defensa al potencial tercero civil responsable y así lograr el respeto al derecho fundamental al debido proceso.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASTAÑEDA, F y Rosas, J (2014) Nuevo Código Procesal Penal. Lima. Legales Ediciones.
- CASTILLO, L. (2010) El Debido Proceso. Gaceta Constitucional.
- FERRAJOLI, L. (2006). Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta.
- FONT, E. (1991) *La Acción Civil en el Proceso Penal* Madrid. La ley.
- GIMENO, G. (1986) *Derecho Procesal Penal* 1996. Valencia Editorial Lo Blanch.
- MACHO, L. (2005) *La garantía del contenido esencia de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Revista de Estudios Políticos. N° 127.
- RIOJA, A. (2016) Constitución Política Comentada. (2016). Lima. Juristas Editores.
- ROSAS, J. (2011) El Sistema Acusatorio en el Nuevo Código Procesal Penal. Lima. Ministerio Público del Perú.
- SAN MARTÍN C. (1999) Derecho Procesal Penal. Lima Editorial Grijley.

Arturo Antonio Giles Ferrer¹

PERFIL Y LÍNEA DE CARRERA DEL OFICIAL DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL

SUMARIO: I. DESAFÍO, PROBLEMA Y OPORTUNIDAD; II. CONTEXTO SITUACIONAL, ANTECEDENTES Y LECCIONES APRENDIDAS; III. CONTENIDO DE LA PROPUESTA; Y IV. OBJETIVO, INDICADORES DE GESTIÓN E IMPACTO.

RESUMEN

El autor plantea la posibilidad de ordenar la carrera del oficial del Cuerpo Jurídico Militar Policial, en torno de una línea de carrera para éste en la justicia militar, que lo evidencie como realmente independiente y autónomo, respecto de los amagos del poder y de los institutos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, así como de las propias instancias judiciales militares – policiales.

1 Ha sido hasta el 31 de diciembre de 2019, presidente de la Sala Suprema de Guerra del Fuero Militar Policial del Perú, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política, grados otorgados por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Máster Universitario en Derecho Constitucional y Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla - La Mancha, título obtenido con la mención CUM LAUDE), Magíster en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otros. Mayor General de la Fuerza Aérea del Perú en situación militar de retiro desde el 1 de enero de 2020, profesor de Metodología en la Maestría en Gestión Pública de la Unidad de Post Grado de la Facultad de Ciencias Administrativas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ABSTRACT

The author raises the possibility of ordering the officer program of the Police Military Legal Corps, around a career path for him in military justice, which shows him as truly independent and autonomous, regarding threats of power and schools of the Armed Forces and the National Police, as well as the military-police judicial instances themselves.

I. DESAFÍO, PROBLEMA Y OPORTUNIDAD

El artículo 163 de la Constitución Política del Perú¹⁵ dice: “El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional...”.

El Inciso 1 del artículo 138° constitucional prescribe: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.....”

Por su parte, el artículo 173° de la citada Constitución, preceptúa: “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...”

En ese orden de ideas, el artículo 2° de la Ley 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial del Perú¹⁶, establece una relación del Fuero Militar Policial con el Sistema de Seguridad y Defensa Nacional, en los términos siguientes:

“El Fuero Militar Policial, por su naturaleza y finalidad, se relaciona con el Sistema de Seguridad y Defensa Nacional dentro de la autonomía e independencia que les reconocen la Constitución Política del Perú y sus respectivas leyes”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No.00001-2009-PI/TC, exhorta al Tribunal Supremo Militar Policial para que en un plazo de seis meses apruebe el reglamento de ascenso en grado de los oficiales del Fuero Militar Policial (fundamento 70 de la sentencia¹⁷), lo que no se cumple hasta la fecha.

Don José Ortega y Gasset, en su obra “España Invertebrada”, dice: “Medítese sobre la cantidad de fervores, de altísimas virtudes, de genialidad, de vital energía que es preciso acumular para poner en pie a un buen ejército, como negarse a ver en ello a una de las creaciones más maravillosas de la espiritualidad humana. La Fuerza Armada no es fuerza bruta, es fuerza

2 https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf

3 https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/519997/Normas_Legales_LEY-29182.pdf

4 “No obstante lo señalado en los fundamentos anteriores, este Colegiado observa que desde la fecha de entrada en vigencia de la Ley 29182, esto es el 12 de enero de 2008, hasta la fecha, el Tribunal Supremo Militar Policial no ha cumplido con dictar el Reglamento en el que se especifique las particularidades del procedimiento de ascenso de los magistrados del FMP. Por ello, el Tribunal Constitucional exhorta al Tribunal Supremo Militar Policial a cumplir con la aprobación de dicho Reglamento, el cual deberá coadyuvar a garantizar la independencia e imparcialidad de los magistrados de la jurisdicción militar”.

espiritual. Solo quien tenga de la naturaleza humana una idea arbitraria, tachará de paradoja la afirmación que las legiones romanas y con ellas todo gran ejército han evitado más batallas que las que han dado, pues el prestigio ganado en combate evita otros tantos y no solo por el miedo a la física opresión sino por el respeto a la superioridad vital del vencedor”.¹⁸ Y el ejército profesional es absolutamente respetuoso del Derecho, para que la guerra sea menos cruel y para ello se requiere disciplina, la que se consigue con la justicia militar, por ello es necesario asegurar una justicia militar profesional.

II. CONTEXTO SITUACIONAL, ANTECEDENTES Y LECCIONES APRENDIDAS

La justicia militar policial es, según conocido general, “como el barro en la bota de los soldados, pues los acompaña donde éstos van.” Es administrada por oficiales del Cuerpo Jurídico Militar Policial en situación de actividad, de diferentes grados, en función de los cargos judiciales y fiscales que ocupan, así como de auxiliares jurisdiccionales. En las instancias superiores actúan oficiales generales y almirantes en las situaciones militares de actividad y retiro.

Excepto estos últimos, los oficiales desde el grado de capitán a coronel, o sus equivalentes, no son titulares. Ello, está demostrado, afecta su autonomía e independencia, elementos constitutivos del debido proceso legal, en la medida que pueden ser

removidos de sus cargos en cualquier momento o pasados a la situación militar o policial de retiro, por la causal de “renovación”, debido a razones que muchas veces pueden ser poco jurídicas. Ello afecta la disciplina con perjuicio para la Defensa y Seguridad Nacional. En los países de la Región Andina la situación no es diferente y en algunos Estados, es peor.

III. CONTENIDO DE LA PROPUESTA

El Fuero Militar Policial peruano debe diseñar una estrategia para nombrar operadores titulares de la justicia militar policial, con anuencia de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional y de los propios oficiales del Cuerpo Jurídico Militar Policial. Se hace necesario una sensibilización al respecto, señalando sus beneficios, elaborando las bases del concurso, estableciendo un perfil y una línea de carrera del oficial jurídico.

Presumo que va a haber resistencia de las Instituciones Armadas, porque van a sentir que pierden a los oficiales jurídicos, y puede haber resistencia por parte de los propios oficiales de esa especialidad, que pudieran temer que en adelante su línea de carrera se vea seriamente dificultada.

IV. OBJETIVO, INDICADORES DE GESTIÓN E IMPACTO

En cuanto al objetivo, es claramente lograr una justicia militar policial realmente independiente y autónoma, en pro del mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas

Armadas y en la Policía Nacional, en orden a asegurar la Seguridad Nacional a través de la Defensa Nacional.

En cuanto a los indicadores de gestión, se deberá tener en cuenta el número de oficiales de la especialidad jurídica que se presenten al concurso y su incidencia en el número total de oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, el número de resoluciones de nombramiento, entre otros.

Se haría necesario la realización de un taller con participación multidisciplinaria y de los actores de la sociedad civil, de donde se desprendan criterios, indicadores y objetivos que permitan elaborar bases que promuevan la meritocracia para la selección de los futuros operadores de la justicia militar policial.

En cuanto a los indicadores de impacto, se requeriría la percepción de la oficialidad y de la opinión pública en general sobre el profesionalismo, independencia y autonomía en el ámbito de la justicia militar policial, antes del nombramiento, a través de encuestas (alcance cuantitativo, exploratorio, diseño no experimental, transeccional o transversal, vale decir, que la recolección de los datos ocurre en un solo momento y la técnica de selección de la muestra sería: probabilístico al azar) y entrevistas a los altos funcionarios de la administración de justicia militar policial y a los altos mandos militares. Posteriormente, después de los nombramientos de jueces y fiscales, medir la percepción de esos mismos actores sobre el desempeño de estos.

Kori Paulett Silva¹

PARÁMETROS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL USO DE LA FUERZA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. REGULACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE EL USO DE LA FUERZA; III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL USO DE LA FUERZA; Y IV. CONCLUSIONE.

RESUMEN

El autor analiza el marco jurídico nacional e internacional que regula el uso de la fuerza por parte de los agentes encargados del cumplimiento de la ley, así como los pronunciamientos más emblemáticos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema, desprendiéndose que, el uso de la fuerza necesariamente debe estar autorizado y regulado por ley, quedando habilitado solamente en casos excepcionales, siempre que se persiga un fin legítimo, hayan fracasado otras medidas alternativas, y que el mismo sea proporcional en la medida estrictamente necesaria para neutralizar la situación atendida.

ABSTRACT

The author analyzes the national and international legal framework that regulates the use of force by law enforcement agents, as well as the most emblematic pronouncements issued by the Inter-American Court of Human

1 Abogado por la Universidad Andina del Cusco, maestro en Derecho Civil y Procesal Civil, especialista en justicia constitucional por la Universidad Castilla - La Mancha, experto en Derechos Humanos por la USIL, ex presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

Rights on the subject, revealing that, the use of force must necessarily be authorized and regulated by law, being enabled only in exceptional cases, provided that a legitimate purpose is pursued, other alternative measures have failed, and that it is proportional to the extent strictly necessary to neutralize the situation in question.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con lo establecido en el artículo 166° de la Constitución Política del Perú de 1993, la tarea de mantener y/o restablecer el orden interno se encuentra asignada a la Policía Nacional del Perú, siendo ésta su razón de ser y finalidad primordial. El orden interno es la situación de normal desenvolvimiento de la sociedad, cuyas actividades se desarrollan dentro del marco de la ley, esa es la situación ordinaria de convivencia social que se espera mantener o, eventualmente, reestablecer.

El supremo intérprete de la Constitución se refirió al concepto de orden interno en la STC N° 0017-2003-AI/TC, señalando en los fundamentos 4, 5 y 6, lo siguiente:

“4. La noción de orden interno es concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional. Consiste en aquella situación de normalidad ciudadana que se acredita y mantiene dentro de un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos.

5. Tal concepto hace referencia a la situación de tranquilidad, sosiego y paz dentro del territorio nacional, la cual debe ser asegurada y preservada por el órgano administrador del Estado para que se cumpla o materialice el orden público y se afirme la Defensa Nacional.

6. Como bien expone el Instituto de Altos Estudios Policiales [El INAEP y el orden interno. En revista Orden Interno N.º 1, 1994] el orden interno “(...) permite que las autoridades ejerzan sus competencias y atribuciones, y las personas sus derechos y libertades, garantizando la existencia, estabilidad y soberanía del Estado; con la finalidad de asegurar la coexistencia pacífica en general y, consecuentemente, permitir el logro del fin supremo del Estado y la sociedad”.

El mismo artículo, confiere a las fuerzas policiales la función de protección a la persona y comunidad, el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado, el combate de la delincuencia, y la vigilancia de las fronteras.”²

Es necesario indicar que, si bien el orden interno está a cargo de la Policía Nacional del Perú por mandato constitucional, en estados de emergencia las fuerzas armadas (Ejército, Marina de Guerra, Fuerza Aérea) también pueden asumir el control del orden interno si es que así lo dispone el presidente de la República, esto de conformidad a lo establecido en los artículos 137° y 165° de la Constitución Política vigente, por lo que los parámetros legales y jurisprudenciales desarrollados en este artículo también rigen

2 <https://www.t.c.gob.pe/jurisprudencia>.

a tales fuerzas en caso asuman el control interno del país. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del “caso Alvarado Espino y otros Vs. México, en los fundamentos 181 y 182, determinó lo siguiente:

“(…) la participación de las fuerzas armadas en labores de policía judicial o ministerial puede resultar contrario a determinados principios del Estado de Derecho tales como la separación de poderes, independencia y autonomía de los tribunales judiciales y la subordinación a las autoridades civiles. (...) En vista de lo anterior, como regla general, la Corte reafirma que el mantenimiento del orden público interno y la seguridad ciudadana deben estar primariamente reservados a los cuerpos policiales civiles.”³

Dicho esto, es necesario referirse al que probablemente es el instrumento más importante con el que cuentan las fuerzas del orden para cumplir con esa primordial labor de mantener o reestablecer el orden interno del país, **el uso de la fuerza**, cuya regulación nacional, internacional, y jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se analizará a continuación.

II. REGULACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE EL USO DE LA FUERZA

En cuanto a la regulación nacional sobre el uso de la fuerza, podemos referirnos a las normas siguientes:

II.1. Ley de la Policía Nacional del Perú, Decreto Legislativo N° 1267

El artículo V del Título Preliminar de este Decreto Legislativo proporciona una definición clara sobre el **concepto de fuerza pública**, destacándose el mandato de respeto a los derechos humanos y marco legal relativo al uso de la fuerza, aspectos sumamente acertados, pues actualmente el Perú es un Estado Constitucional de Derecho que se aproxima cada vez más a un Estado Convencional de Derecho (imperio de las convenciones internacionales de derechos humanos), modelos en los que existe plena vigencia y respeto a los derechos humanos. El concepto de fuerza pública establecido en el artículo mencionado es el siguiente:

“Es la atribución del Estado ejercida por la Policía Nacional del Perú que faculta el uso de la fuerza de manera legítima en el cumplimiento de su finalidad, para la conservación del orden interno y para garantizar el funcionamiento de los poderes del Estado dentro del orden constitucional. Se ejerce con pleno respeto de los derechos fundamentales y en el marco de las normas sobre la materia.”

Véase que, conforme al artículo citado, el uso de la fuerza se faculta sólo para ejercerla **de manera legítima**, vale decir, con el objeto de mantener ese estado de normalidad de la sociedad, o para reestablecer el mismo en caso haya sido quebrantado; además de ello, el uso de la fuerza está limitado por los derechos fundamentales de

la población y lo que disponga la ley que regula dicho uso. En ese sentido, para que sea viable el uso de la fuerza por parte de los agentes del orden interno, se debe presentar una situación de gravedad que determine la necesidad de tal uso, el que no está liberado a la arbitrariedad o capricho del servidor policial o militar, ni es la primera opción a la que se debe recurrir ante el quebrantamiento o amenaza de vulneración de la situación de normalidad de la convivencia social.

Por su parte, el numeral 8 del artículo 3° del mismo Decreto Legislativo, establece como atribución de la Policía Nacional del Perú, la siguiente:

“Hacer uso de la fuerza, de acuerdo a la normatividad vigente, Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, y Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego, en el marco de los acuerdos adoptados por las Naciones Unidas;”.

De lo citado, se aprecia que la ley (Decreto Legislativo N° 1267), confiere la atribución de uso de la fuerza a la Policía Nacional del Perú, por lo que se cumple con el principio de legalidad, ya que esa atribución no es una cuestión sobre entendida, implícita o inherente al cuerpo policial por su naturaleza, sino que tiene que ser concedida por ley, punto que es destacado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como más adelante se anotará.

II.2. Decreto Legislativo N° 1186 que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú

Este dispositivo constituye la norma específica que regula en sede nacional el uso de la fuerza, establece una serie de parámetros y determina que dicho uso es de última ratio, es decir, es la última posibilidad a la que deben acudir las fuerzas del orden, ya que tal Decreto Legislativo determina una serie de medidas previas que deben agotarse antes de utilizar la fuerza y la fuerza letal, tal como también determinó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fundamento 131 de la sentencia del “Caso Hermanos Landaeta Mejía y otros Vs. Venezuela:

“131. Como regla general, el uso de armas de fuego está previsto como medida de último recurso a la luz del derecho interno e internacional.”⁴

El literal A del artículo 3° de esta norma define la fuerza de la siguiente manera:

“A. Fuerza.- Es el medio que en sus diferentes niveles usa el personal de la Policía Nacional del Perú, dentro del marco de la ley, para lograr el control de una situación que constituye una amenaza o atenta contra la seguridad, el orden público, la integridad o la vida de las personas”.

El literal B del mismo artículo hace referencia al uso diferenciado de la fuerza. La norma determina que la fuerza se utilice en grados o intensidades diferenciadas, de

4 <https://corteidh.or.cr>.

menor a mayor, según sea el caso concreto que deben atender las fuerzas del orden. La definición de uso progresivo de la fuerza que brinda la norma indicada es la siguiente:

“B. uso progresivo y diferenciado de la fuerza.- Es la graduación y adecuación, por parte del personal policial, de los medios y métodos a emplear teniendo en cuenta el nivel de cooperación, resistencia o agresión que represente la persona a intervenir o la situación a controlar”.

Esta definición trae a colación el principio de **proporcionalidad** en el uso de la fuerza, ya que ésta debe guardar relación con los niveles de hostilidad que muestran los sujetos a ser controlados o la situación concreta a ser neutralizada; verbigracia, si el sujeto muestra cooperación con las fuerzas del orden, la intervención en realidad no ameritará el uso de la fuerza, resultarían pertinentes otros métodos, o en todo caso, su uso será de mínima intensidad, ya que el contexto así lo determina, empero, si el sujeto muestra conducta hostil y agresión el escenario es distinto y mucho más peligroso, el que ameritará el uso de fuerza, y en niveles más intensos.

En esa línea, véase que el artículo 4º, literal c del Decreto Legislativo N° 1186, modificado por la Ley N° 30644, **instituye el principio de proporcionalidad**, cuya definición es la siguiente:

*“c. Proporcionalidad.- El uso de la fuerza se aplica con un criterio **diferenciado y progresivo**, determinado por el nivel de cooperación, resistencia (activa o pasiva) o la agresión de la persona o personas a quienes se interviene y considerando la intensidad, peligrosidad de la amenaza, condiciones del entorno y los medios que disponga el personal policial para controlar una situación específica”.* (El resaltado me corresponde)

La proporcionalidad del uso de la fuerza, bajo tal definición, dependerá de las circunstancias del caso concreto, y el comportamiento de los sujetos a intervenir, aspecto directamente relacionado con el **principio de necesidad** establecido en el literal b del artículo ya mencionado, pues si medidas alternativas (menos gravosas) al uso de la fuerza pueden utilizarse según las circunstancias concretas del caso, entonces éste se torna en innecesario, no justificado:

*“b. Necesidad.- El uso de la fuerza en el cumplimiento del deber es necesario, cuando otros medios **resulten ineficaces** o no garanticen de ninguna manera el logro del objetivo legal buscado. Para determinar el nivel de fuerza a usar, **de manera diferenciada y progresiva**, se debe considerar, razonablemente, entre otras circunstancias, el nivel de cooperación, resistencia o agresión de la persona intervenida y las condiciones del entorno”.* (El resaltado me corresponde)

Respecto a la intensidad de la fuerza, pueden darse situaciones que generen excepciones a la progresividad de ésta, por ejemplo, cuando tal progresividad pueda conducir a que la situación empeore y se torne especialmente grave poniendo en riesgo vidas humanas, escenario en el que el uso directo de la fuerza más intensa quedaría habilitado legítimamente. En esa línea, véase lo que dispone el numeral 8.1 del artículo 8º del mismo Decreto Legislativo:

*“8.1. El personal de la policía nacional del Perú, observando lo prescrito en los artículos 4, 6 y el numeral 7.2, se identifica como tal, individualiza a la persona o personas a intervenir y da una clara advertencia de su intención de usar la fuerza, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, **salvo que esa advertencia lo ponga en peligro o crea un grave riesgo de muerte o de lesiones***

graves a otras personas, o cuando la advertencia resultara evidentemente inadecuada dadas las circunstancias del caso”. (El resaltado me corresponde)

Por otra parte, véase que la misma norma regula los niveles de uso de la fuerza en el numeral 7.2 del artículo 7°, dividiéndolos en dos segmentos: **El primero es el nivel preventivo**, compuesto por la presencia disuasiva del personal policial, la comunicación y negociación. **El segundo es el nivel reactivo**, integrado por el control físico, las tácticas defensivas no letales, y la fuerza letal. Estos niveles se encuentran directamente relacionados con los principios de necesidad y proporcionalidad, constituyen los pasos progresivos del uso de la fuerza según las circunstancias del caso concreto, ya que, si con el primer nivel se neutraliza la situación, resulta innecesario recurrir a los métodos del segundo nivel, y si pese a ello se utilizan, será entonces desproporcionado, ergo, inconstitucional y violatorio de derechos humanos.

En cuanto a la regulación internacional sobre el uso de la fuerza, citaremos las disposiciones siguientes:

II.3. Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobados por la Organización de las Naciones Unidas

Del 17 de agosto al 7 de setiembre de 1990, se llevó a cabo en La Habana-Cuba el octavo congreso de las Naciones Unidas

sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, en el que se aprobaron los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. El numeral 1 de las disposiciones generales de este instrumento normativo menciona lo siguiente:

*“1. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán y aplicarán normas y reglamentaciones sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego contra personas por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. (...)”*⁵

Al respecto, en el caso peruano, el Decreto Legislativo N° 1186 es la norma que regula el uso de la fuerza y de armas de fuego por parte de agentes del orden, por lo que el Estado peruano cumple plenamente con este principio.

Así mismo, el numeral 4 de tales disposiciones establece lo siguiente:

*“4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible **medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego**. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios **resulten ineficaces** o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto”.* (El resaltado me corresponde)

Véase que, este principio concuerda con los principios de proporcionalidad, necesidad, progresividad en el uso de la fuerza, así como con los métodos no violentos

establecidos en el Decreto Legislativo N° 1186, por lo que, a nivel de regulación, el Estado peruano cumple también con este principio.

A su turno, el literal a) del numeral 5 de las mismas disposiciones ya mencionadas, señala lo siguiente:

“Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

*a) Ejercerán moderación y actuarán en **proporción** a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;”*

Como puede apreciarse, en la regulación internacional también se encuentran presentes los principios de necesidad y proporcionalidad, en función de los cuales el uso de armas de fuego solamente se habilita en situaciones inevitables (situaciones necesarias), debiendo ser proporcional a la gravedad del caso concreto o delito atendido, por lo que delitos menores o leves no podrían ser atacados por medio de armas de fuego.

Además, es necesario considerar la finalidad legítima del uso de la fuerza (objetivo legítimo), lo cual puede traducirse en evitar la perpetración de un delito grave o evitar la muerte de una persona. Este criterio de objetivo legítimo no es otra cosa que el **principio de idoneidad**, en virtud del cual, el uso de armas de fuego debe orientarse al logro de una finalidad compatible con el ordenamiento convencional, constitucional y legal.

II.4. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

En fecha 17 de diciembre de 1979, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, adoptó la resolución N° 34/169, mediante la cual aprobó el mencionado código. El artículo 3 de este instrumento dispone lo siguiente:

“Artículo 3

*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente **necesario** y en la **medida** que lo requiera el desempeño de sus tareas.”*⁶ (El resaltado me corresponde)

De lo citado, se desprende una vez más que, el uso de la fuerza es un recurso o método residual, vale decir, es la última herramienta a la que se puede recurrir ante el fracaso de otras medidas menos gravosas. Nuevamente se encuentran plasmados los principios de necesidad y proporcionalidad, ya que el uso de la fuerza de acuerdo con el artículo citado se autoriza cuando sea estrictamente necesario y en la medida (proporción) adecuada para contrarrestar la agresión o peligro. En esa línea, la propia Organización de las Naciones Unidas comenta que el uso de la fuerza es de naturaleza excepcional, (no es la regla general), dirigido a lograr un objetivo legítimo, y que siempre está regido por el principio de proporcionalidad:

“En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados

6 <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/lawenforcementofficials.aspx>

de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.

El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.”⁷ (El resaltado me corresponde)

III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL USO DE LA FUERZA

Ahora bien, revisada la regulación nacional e internacional para el uso de la fuerza, corresponde dar una mirada general a la jurisprudencia emblemática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el mismo tema, lo cual es sumamente valioso, pues revela los criterios utilizados por tal Corte en casos que ha juzgado y se utilizó la fuerza, a los cuales debe ajustarse la actuación de los agentes del orden interno.

III.1. Caso “Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú”

Caso ampliamente conocido y recordado en Perú, ya que los hechos corresponden a uno de los peores periodos de la historia republicana del país, la época del terrorismo. Entre el 6 y 9 de mayo de 1992 se ejecutó el operativo “mudanza 1” en el establecimiento penitenciario “Castro Castro”, para trasladar alrededor de 90 internas por terrorismo a otros penales, ocasión en la que la Policía Nacional del Perú derribó parte de la pared externa del patio del pabellón 1A utilizando explosivos, además de tomar el control de los techos del penal abriendo forados en los mismos y realizando disparos de armas de fuego, utilizando armas de guerra, explosivos, bombas lacrimógenas, vomitivas y paralizantes en contra de los internos, además de cohetes disparados desde helicópteros, fuego de mortero y granadas, resultando decenas de muertos y heridos.

La sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado Peruano, condenándolo por la misma al haberse demostrado la violación del derecho a la vida, prohibición de tortura y otros dentro de un contexto sistemático de violaciones de derechos humanos y ejecuciones extrajudiciales contra miembros del grupo terrorista sendero luminoso.

Sobre el uso de la fuerza, en la sentencia se indicó lo siguiente en el fundamento 238°:

“238. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias

7 Ibid.

no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad, situación que se ve agravada cuando existe un patrón de violaciones de los derechos humanos. De manera especial, los **Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.**⁸ (El resaltado me corresponde)

De acuerdo a lo expresado por la Corte, el Estado tiene el deber de supervisar que las fuerza del orden respeten el derecho a la vida de las personas, y prevenir ejecuciones extrajudiciales o violaciones de derechos humanos, aspecto íntimamente ligado a los principios de necesidad y proporcionalidad, ya que cuando el uso de armas de fuego es necesario ante situaciones extremas, este solamente puede llegar hasta la medida de lo imprescindible, en otras palabras, pese a que la situación amerita el uso de armas de fuego, ello no quiere decir que tenga que privarse del derecho a la vida al intervenido.

Así mismo, en los fundamentos 239°, 240° y 244°, se expresó lo siguiente:

“239. Como se desprende de los “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley”, los cuerpos de seguridad estatales solamente pueden recurrir al empleo de armas letales cuando sea “estrictamente inevitable para proteger una vida” y cuando resulten ineficaces medidas menos extremas.”

240. El poder estatal no es ilimitado; es preciso que el Estado actúe “dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana”. En casos que esta Corte ha conocido en los que el Estado ha utilizado la fuerza para mantener el orden dentro de centros penales cuando se presenta un amotinamiento, cosa que no sucedió en el presente caso, el Tribunal ha analizado **si existían elementos suficientes para justificar la magnitud de la fuerza utilizada.** (...).

244. En el presente caso las fuerzas de seguridad, en una actitud coherente con el fin que tenía el “Operativo Mudanza 1”, no hicieron nada por utilizar otros medios, que no fueran el uso de la fuerza letal (...). (El resaltado me corresponde)

Véase que la Corte tiene muy presente el respeto a los principios básicos sobre empleo de la fuerza que ya se comentaron en este artículo, por lo que uno de los parámetros de control de ésta será el cumplimiento de esos principios, en especial, que la situación afrontada por medio del uso de la fuerza letal haya sido tan extrema que no hubo otra alternativa, pero no solamente eso, sino que tal uso haya estado dirigido a proteger una vida, por ende, no bastará la situación extrema per se, sino que en ella, debe estar en peligro la vida de una persona. Solamente con estos requisitos el uso de la fuerza se habrá dado en forma legítima y necesaria.

Además de esto, nótese que la Corte también tiene en cuenta la proporcionalidad del uso de la fuerza, ya que evalúa la

8 https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es

conurrencia de circunstancias que justifiquen el grado, intensidad o magnitud de la fuerza empleada en el caso concreto. En cuanto a la necesidad, también tiene presente si las fuerzas del orden identificaron e implementaron medidas alternativas al uso de fuerza letal, lo que no ocurrió en el caso comentado; por ello, ese uso de la fuerza fue arbitrario, desproporcionado e innecesario, y por tanto, violatorio de derechos humanos.

III.2. Caso “Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador”

En 1992, varias ciudades de Ecuador se encontraban asoladas por la delincuencia, lo que motivó que en setiembre de ese año el gobierno autorizara la intervención de las fuerzas armadas en todo el territorio nacional para afrontar dicho problema. El 6 de marzo de 1993, las fuerzas armadas, junto con la policía nacional, desarrollaron un operativo en el “barrio batallón” con la finalidad de capturar delincuentes, narcotraficantes y terroristas; en dicho operativo, se utilizaron explosivos para ingresar a los domicilios de varias personas, incluida la del señor Zambrano, quien falleció como consecuencia de la explosión y disparos de armas de fuego de las fuerzas del orden, lo que ocurrió en presencia de su concubina e hijos. En la sentencia del caso, la Corte Interamericana evaluó una vez más la concurrencia de los requisitos para el uso de la fuerza, señalando lo siguiente en los fundamentos 51 y 52⁹:

“51. Tal como ha señalado este Tribunal, “los Estados deben limitar al máximo el

uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales.

52. *El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la **excepcionalidad**, y debe ser planeado y **limitado proporcionalmente** por las autoridades. En ese sentido, el Tribunal ha estimado que solo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando **se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control**”⁹. (El resaltado me corresponde)*

De esta manera, se ratifica que las fuerzas armadas no son las llamadas a desempeñar el control interno, pues su entrenamiento responde a otras necesidades, por lo que su intervención en estos asuntos debe ser sumamente extraordinaria. De igual forma, la Corte reitera que el uso de la fuerza es de carácter excepcional, vale decir, solamente procede cuando no exista otro remedio o medida, y su uso se limita a lo proporcionalmente necesario. Así mismo, el alto Tribunal deja sentado que, dentro de la excepcionalidad que implica el uso de la fuerza, lo es aún más el uso de la fuerza letal, tal como refiere en el fundamento 84 de la sentencia comentada:

“84. *En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar **prohibido como regla general**. Su uso **excepcional** debe estar formulado por ley, y*

9 https://corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=249&lang=es

*ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler.*¹⁰ (El resaltado me corresponde)

De lo citado se aprecia claramente que, la fuerza letal solo está asignada por ley y constituye una situación totalmente excepcional, su uso debe respetar la proporcionalidad entre la fuerza y la situación que se quiere contrarrestar como finalidad legítima. A su vez, en el fundamento 85 de la sentencia, se ha explicado lo siguiente con relación a los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad que rigen el uso de la fuerza:

*“85. El uso de la fuerza debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad. La fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida. El principio de necesidad justifica solo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva.”*¹¹

En cuanto a esta reflexión, resulta claro que la desproporcionalidad convierte el uso de la fuerza en arbitrario, por tanto, contrario a los derechos humanos, incluso puede llegar a calificar como una ejecución extrajudicial. Así mismo, el uso de la fuerza tiene por objeto, en términos de la Corte, el sometimiento del enemigo, no su aniquilación, lo que va de la mano con el principio de humanidad y necesidad al delimitar que el uso de la fuerza no se habilita si existen otras alternativas que no impliquen riesgo a la vida.

Además de todo lo mencionado, en la sentencia analizada, la Corte también determinó que los países deben contar con regulación legal sobre el uso de la fuerza, empero, también deben capacitar y entrenar a las fuerzas del orden sobre derechos humanos, uso de la fuerza y su regulación, ya que un marco legal desconocido o sobre el cual no se ha capacitado al personal, resulta inútil.

III.3. Caso “Retén de Catia Vs. Venezuela”

El 27 de noviembre de 1992, agentes de la guardia nacional y policía metropolitana intervinieron el penal “Retén de Catia”, ya que en el mismo se había desatado un motín con motivo de un segundo intento de golpe de Estado contra el presidente de Venezuela Carlos Andrés Pérez, los agentes ingresaron al penal y dispararon indiscriminadamente contra reclusos ocasionando la muerte de 53 de ellos, heridos

10 Ibid.

11 Ibid.

y desaparecidos. En la sentencia, la Corte reiteró la especial necesidad de que los estados vigilen que las fuerzas del orden respeten el derecho a la vida de la población, y que hagan uso legítimo de la fuerza que les ha sido conferida, también reiteró que el uso de la fuerza es excepcional ante el fracaso de otras medidas, y siempre para salvar la vida de otra persona o en defensa propia. Se identificó que un motín per se no determina la necesidad del uso de la fuerza, menos aún la letal, por lo que condenó por responsabilidad internacional al Estado de Venezuela.

III.4. Caso “Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”

Conocido también como el caso de los rehenes de la embajada de Japón, situación que motivó la ejecución de la operación Chavín de Huántar. En esa sentencia se analizó la ejecución extrajudicial de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, alias “Tito”, y se aceptó el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional del Estado peruano, y se le condenó por la misma. Respecto al uso de la fuerza, en la sentencia se aprecian importantes reflexiones como la vertida en el fundamento N° 261:

“261. El artículo 4.1 de la Convención Americana dispone también que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Es decir, no cualquier privación de la vida será reputada como contraria a la Convención, sino solo aquella que se hubiera producido de manera arbitraria, por ejemplo, por ser producto de la utilización de la

fuerza de forma ilegítima, excesiva o desproporcionada.”¹²

En ese sentido, véase una vez más que, el uso de fuerza debe perseguir un fin legítimo, y debe ser proporcional, nunca excesivo, lo contrario convierte a la fuerza en violatoria de derechos humanos, y eventualmente, en arbitraria la privación de una vida. Así también en esta sentencia, la Corte interamericana reitera que el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar su finalidad de orden interno, y que el uso de la fuerza letal tiene que estar conferido por ley e interpretarse en forma restrictiva, a fin de que su uso se entienda como absolutamente necesario en directa relación con el hecho que se pretende repeler.

Por último, en la sentencia se establece que el suceso de la toma de rehenes en la Embajada de Japón era un hecho que ameritaba el uso de fuerza letal, ya que se produjo dentro de un escenario de conflicto armado no internacional en el que existían dos bandos en lucha, por lo que los cuatro convenios de Ginebra que compone el Derecho Internacional Humanitario también debieron ser observados y cumplidos; en esa línea, la sentencia determina que alias “Tito” había sido herido y se encontraba con vida y fuera de combate, pese a ello, se le ejecutó extrajudicialmente, lo que constituyó una violación del derecho a la vida y el Derecho Internacional Humanitario que dispone la preservación de la vida de quienes se encuentran fuera de combate, es decir, contra dicha persona se utilizó la fuerza letal cuando **ya no era necesario** al estar en calidad de “hors de combat”, y en

12 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_292_esp.pdf

forma desproporcional ya que solo restaba capturarlo estando herido.

IV. CONCLUSIONES

La facultad de usar la fuerza cuenta con regulación nacional, internacional y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La facultad de uso de la fuerza y de la fuerza letal, debe estar conferida y regulada por ley, no es un aspecto implícito de las fuerzas del orden, además de tener que capacitarse a los agentes del orden respecto a tal regulación.

El uso de la fuerza, particularmente la fuerza letal, es siempre de carácter excepcional y ultima ratio.

El uso de la fuerza debe estar orientado a lograr fines legítimos establecidos en el marco legal.

El uso de la fuerza debe guardar respeto por los derechos humanos de los intervenidos.

El uso de la fuerza debe ser progresivo según las circunstancias del caso concreto.

El uso de la fuerza se encuentra regido por los principios de necesidad, proporcionalidad y humanidad.

El uso de la fuerza queda habilitado solamente cuando han fracasado o resultan ineficaces métodos menos gravosos y en la proporción de lo necesario para repeler la situación concreta.

Leydy Karina Castro Machicao¹

EL DELITO DE DESERCIÓN EN EL PERSONAL QUE PRESTA SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. SOBRE LAS DISPOSICIONES DEL SERVICIO MILITAR EN EL PERU; III. JUSTICIA MILITAR POLICIAL Y DELITO DE FUNCIÓN: UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA; IV. SOBRE EL DELITO DE DESERCIÓN; V. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA POTESTAD SANCIONADORA; VI. CONCLUSIONES; VII. SUGERENCIAS Y VIII. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La autora analiza los alcances del delito de Deserción cometido por el personal que cumple el Servicio Militar Voluntario (SMV). Explica las razones que a su juicio harían que el juzgamiento, por el delito de Deserción, de los individuos del SMV sería inconstitucionales, entre otros asuntos.

ABSTRACT

The author analyzes the scopes of Desertion crime committed by the personnel fulfilling the Voluntary Military Service (SMV, in Spanish). She explains the reasons that, in her opinion, would make the prosecution of individuals from the SMV unconstitutional for the crime of Desertion, among other matters.

1 Oficial del Ejército, abogada.

I. INTRODUCCIÓN

En la Constitución Política de 1979 se reguló el Servicio Militar Obligatorio (SMO), y en su artículo 78° se estableció que el servicio militar era una obligación patriótica de todos los peruanos. En la Carta Magna de 1993 no se regula expresamente al respecto, pero, no debemos inferir de ello que existió un ánimo del constituyente para suprimir el SMO, debido a que, evidentemente, dicha supresión obedeció principalmente a una declarada voluntad del constituyente de reducir al mínimo el número de artículos constitucionales, antes que a cuestionar el modelo de servicio militar peruano.

Ello es así, porque en el segundo párrafo del artículo 173 de la vigente Carta se precisa: “Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar” (repite el segundo párrafo del artículo 282° de la Constitución de 1979). En todo caso, la obligación de prestar el SMO, en tanto expresión del deber constitucional de participar en la Defensa Nacional, no puede ser concebida al margen del respeto de los principios y derechos constitucionales que sustentan la vigencia de un Estado democrático.

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico peruano, se ha optado por brindar mayores beneficios al personal que presta servicio militar, con la finalidad de que más jóvenes se enrolen en las instituciones castrenses. En tal sentido, se derogó la Ley N° 27178 en la que se establecía el SMO y, con fecha 27 de junio del 2008, se promulgó la Ley N° 29248, Ley de Servicio Militar Voluntario (SMV), modificándose la forma de prestar el servicio militar de obligatorio a voluntario.

De otro lado, en la Constitución Política, aún se mantiene la facultad que tiene la justicia militar para procesar a personal del SMO, pero no lo legitima para procesar a personal militar que presta SMV. Es necesario analizar esta situación desde el punto de vista constitucional, legal y doctrinario, en relación con el delito de Deserción que comete el personal de tropa del SMV, porque nos parece que su vigencia, como norma penal, se encontraría deslegitimada.

Teniendo en cuenta que nuestro sistema jurídico es uno jerarquizado en sus fuentes, la Constitución primero, luego la Ley y finalmente su reglamento, para el caso, conviene partir de lo que la Constitución peruana ha dispuesto acerca del servicio militar. Consideramos que este tema es de la mayor importancia, ya que en el Fuero Militar Policial la mayor carga procesal corresponde al procesamiento del personal de tropa SMV, por el delito de Deserción, lo que de otro lado genera la pérdida de vocación por la carrera de las armas.

No pretendemos que este tipo de conductas queden impunes, porque existen otros medios alternativos menos lesivos que regulan drásticamente el ausentismo (deserción), a través de sendos procedimientos administrativos disciplinarios institucionales.

II. SOBRE LAS DISPOSICIONES DEL SERVICIO MILITAR EN EL PERU

II.1 Antecedentes en la Constitución

En la Constitución de 1979 se disponía expresamente la obligatoriedad del servicio militar en los términos siguientes: “el servicio militar es obligación patriótica de todos los peruanos” (artículo 78). Por el contrario, en la Constitución de 1993, no se ha dispuesto expresamente algo parecido. La

única referencia expresa sobre el servicio militar existe en relación con la justicia militar, para disponer que quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar” (segundo párrafo del artículo 173^{o2}).

II.2 De la Ley del Servicio Militar

Justificado desde la Constitución que el carácter obligatorio del servicio militar no está ordenado ni prohibido, sino que está permitido, es conveniente pasar a analizar la Ley que regula el servicio militar (Ley 29248), que en su artículo 1^{o3} regula el SMV, de donde se desprende que el legislador ha decidido caracterizar al servicio militar no como obligatorio, sino como voluntario. Por esta razón, más adelante, en el artículo 7 de la misma Ley, se dispone: “prohíbese el reclutamiento forzoso como procedimiento de captación de personas con la finalidad de incorporarlas al Servicio Militar”.

En la ley se ha previsto que el SMV puede prestarse de dos formas: en activo y en reserva (artículo 21); y, a su vez, ha previsto dos modalidades de servicio militar activo; uno que es el acuartelado y el otro que es el no acuartelado (artículo 43). Aquí interesa detenerse en el servicio militar activo acuartelado, el cual se define como “aquel que se cumple en forma permanente en

las Unidades, Bases y Dependencias de las Instituciones de las Fuerzas Armadas, durante el tiempo previsto en la presente Ley” (artículo 44). En el contexto de esta modalidad de servicio militar, se da el llamamiento que se define como “el acto mediante el cual se convoca a los inscritos para su incorporación voluntaria al Servicio en el Activo” (artículo 46); llamamiento que puede ser ordinario o extraordinario. Si tras los llamamientos ordinario y extraordinario no se ha logrado “alcanzar el número de seleccionados voluntarios necesarios para el Servicio Militar Acuartelado, el Poder Ejecutivo procede de inmediato con el sorteo establecido en el artículo 50 de la referida Ley” (artículo 48).

II.3. La interpretación de las disposiciones constitucionales

Como se dijo, en la Constitución vigente no se ha dispuesto, expresamente, que el servicio militar sea obligatorio. ¿Es posible sostener algo contrario desde el segundo párrafo del artículo 173^o de la Constitución? La norma que desde esta disposición se desprende es la siguiente: Está ordenado someter al Código de Justicia Militar a aquellos que infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio.

-
- 2 En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141^o sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte. **Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.**
 - 3 La presente Ley tiene por objeto **regular el Servicio Militar Voluntario**, su organización, alcances, modalidades, procedimientos y su relación con la movilización, de conformidad con la Constitución Política del Perú y los Convenios Internacionales de los cuales el Perú es parte.

Esta norma permite formular dos consecuencias. La primera es que el servicio militar tiene el carácter obligatorio; no lo habría dicho expresamente el Constituyente peruano, pero sí lo habría dispuesto implícitamente desde el segundo párrafo del artículo 173° de la Constitución.

La segunda posible consecuencia es que el carácter obligatorio del servicio militar no está ordenado ni está prohibido por el constituyente, sino que está solamente permitido; será el legislador en ejercicio de su margen de acción legislativa el que decida si atribuye o no carácter de obligatorio al servicio militar. En este supuesto, el significado del segundo párrafo del artículo 173° de la Constitución será el siguiente: si fuese el caso que el legislador decidiese atribuir el carácter obligatorio al servicio militar, el infractor de tal carácter estará sometido a la justicia militar.

Estas dos consecuencias son incompatibles entre sí, de modo que no pueden ser sostenidas ambas a la vez, como válidas. ¿Cuál de ambas consecuencias ha de ser abrazada? Será tenida como válida aquella consecuencia que se sostenga sobre razones correctas; o, de ser el caso, con mayor fuerza correctiva. Esta mayor fuerza correctiva es posible reconocerla a la segunda consecuencia y no a la primera.

La justificación es la siguiente: primero, tal y como se hizo en la Constitución anterior, es razonable esperar que, si el constituyente hubiese querido disponer la obligatoriedad del servicio militar, así lo hubiese hecho saber de modo expreso, más aún cuando se trata de una situación tan delicada no solamente para la conformación de la seguridad nacional (que es la principal razón de ser del servicio militar), sino también delicada para la sociedad en su conjunto.

El carácter obligatorio o voluntario del servicio militar tiene que ver, necesariamente, con la realidad a la que va dirigida ese servicio militar; así, hoy en día el hecho que Perú tenga prácticamente definida sus fronteras a través de tratados limítrofes claros y el modo como está configurado actualmente el sistema internacional de relaciones interestatales, permiten reconocer como poco probable, aunque siempre posible, guerras militares entre los Estados (hoy los conflictos son económicos o políticos o geo políticos antes que bélicos). Ante este panorama, parece poco razonable que el constituyente haya querido establecer como regla absoluta el carácter obligatorio del servicio militar.

Por el contrario, lo razonable es que el constituyente haya dejado al legislador la tarea de definir el carácter obligatorio o voluntario del servicio militar; éste optará uno u otro carácter, dependiendo del análisis que realice a las concretas circunstancias que atraviese el Perú en materia de seguridad nacional.

En este contexto argumentativo, es posible justificar una norma constitucional implícita con el siguiente texto: El servicio militar puede ser obligatorio o puede ser voluntario. Lo decidirá el legislador.

Así dichas las cosas, la obligatoriedad del servicio militar ni está ordenada ni está prohibida, solamente está permitida. El legislador podrá decidir darle carácter obligatorio o no, y decidirá según la valoración que realice de las concretas circunstancias; particularmente, dependerá de las concretas necesidades de seguridad que experimente el Estado peruano. De esta manera queda respondida la primera de las cuestiones formuladas en torno al servicio militar en el Perú.

El Legislador, luego de analizar la concreta realidad peruana, se presume que ha decidido establecer como regla general el carácter voluntario del servicio militar, y ha establecido como excepción a la regla general, el carácter obligatorio para cuando no se han cubierto las plazas que el Ejecutivo, a través del Ministerio de Defensa, ha establecido como necesarias.

Es así que es posible reconocer las siguientes normas legales: Está ordenado reconocer, como regla general, el carácter voluntario del servicio militar.

II.4. El Servicio Militar Voluntario en las Fuerzas Armadas

El Servicio Militar es una actividad de carácter personal. Mediante ella, todo peruano puede ejercer su derecho y deber constitucional de participar en la Defensa Nacional. Es prestado por varones y mujeres, sin discriminación alguna, a partir de los dieciocho (18) años de edad; es retribuido mediante una serie de beneficios y derechos que buscan compensar las necesidades de los participantes y brindar posibilidades de desarrollo personal para su futuro. Asimismo, contribuye a afianzar el compromiso de los peruanos con el país y se considera un deber con la patria para enfrentar sus amenazas y desafíos, así como para prestar ayuda y cooperación en zonas del país que requieran la presencia del Estado, en labores de apoyo social y humanitario.⁴

III. JUSTICIA MILITAR POLICIAL Y DELITO DE FUNCIÓN

El Fuero Militar Policial se encuentra íntimamente ligado al Sistema de Seguridad y Defensa Nacional por las finalidades comunes que persiguen de garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República y de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, dentro de la autonomía e independencia que les reconocen la Constitución Política del Perú y sus respectivas leyes.

La justicia militar es reconocida constitucionalmente como una jurisdicción excepcional y se encuentra contemplada en el Artículo 173° y, en tal contexto, el Decreto Legislativo N° 1094 - Código Penal Militar Policial, también lo define en el artículo II del Título Preliminar y dispone que “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”

Además, de ello, el máximo intérprete de la Constitución, esto es el Tribunal Constitucional, agregó que la calificación de delitos de función dependerá de que en cada caso se verifique la concurrencia de sus 3 elementos: (i) elemento subjetivo; ii) elemento funcional; y (iii) elemento objetivo.

4 Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1146, publicado el 11 diciembre 2012, cuyo texto es el siguiente: CONCORDANCIAS: D.S. N° 003-2013-DE (Reglamento), Art. 6.

III.1. Elemento Subjetivo

Está referido a la determinación del grupo de sujetos a quienes se le puede, válidamente, imputar la comisión de un delito de función a título de autores o partícipes. De acuerdo a la Constitución, están sujetos al fuero castrense los miembros de las FFAA y de la PNP.

La competencia *ratione personae* implica que el sujeto activo del ilícito penal militar o policial debe encontrarse en situación de actividad,⁵ puesto que, si la jurisdicción militar se estableció con el fin de mantener el orden y la disciplina, no corresponde que el personal en retiro sea juzgado por tribunales castrenses.

Se podría entonces establecer que la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a personal del Servicio Militar Voluntario y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a los deberes funcionales.

III.2. Elemento Funcional

La conducta típica debe originarse en un acto del servicio o con ocasión de él, infracción que debe revestir cierta gravedad y justificar el empleo de una conminación y una sanción penal. Los tribunales militares solo están habilitados para juzgar de los asuntos constitutivos de infracciones cometidas por el sujeto activo en ejercicio de sus funciones. Se requerirá que la función o

servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma una actuación legítima enmarcada en las funciones encargadas por la Constitución o las leyes a las FFAA o a la PNP.

Asimismo, es preciso que exista una relación normativa entre la actividad del militar o policía, función encomendada, y la comisión del delito. Con esto se quiere decir que el delito de función debe ser entendido como el quebrantamiento de un deber institucional que forma parte del rol jurídico que corresponde desarrollar a militares y policías en la sociedad. Así, para que un delito sea de competencia penal militar policial debe existir un vínculo claro de origen entre el militar o el policía y la actividad del servicio; esto es, el hecho punible debe surgir como un abuso de poder o una extralimitación ocurrida en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. La inexistencia de este nexo funcional para la habilitación de la jurisdicción penal militar policial, implicaría que la protección de los bienes jurídicos más relevantes para la vida social en el Estado constitucional y democrático de Derecho no encontraría tutela efectiva en la justicia ordinaria.

En el caso nacional, se requiere que el sujeto activo infrinja un deber que le corresponde en virtud de su estatus de militar o de policía. Es decir, que se trata de la infracción de una obligación funcional, por

5 Fundamento 134 de la STC 0017-2003-M1TC, seguido por fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC y fundamento 86 de la STC 0002-2008-P1ffa De esta forma está estipulado el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, línea seguida por la Corte IDH (fundamento 272 de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco), y también el Comité de Derechos Humanos de NNUU (párrafo 15 de las Observaciones y Recomendaciones a Uzbekistán, CCPR/C0/71.1UZB, de 26 abril de 2001, reiterando comentarios precedentes a Polonia, a Camerún, a Chile, a Marruecos, a Siria, a Kuwait. a Federación de Rusia y a Eslovaquia)

la cual el efectivo estaba constreñido a mantener o a realizar o no un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés, señalado por el legislador como altamente valioso para la vigencia de la institución a la cual se halla vinculado.

En la legislación interna, se considera que la función militar policial abarca aquel “conjunto de tareas que se realizan en tiempo de paz, o durante el régimen de excepción o conflicto armado, en cumplimiento de la Constitución Política del Perú, las leyes y los reglamentos correspondientes”, precisándose, además, que “el ejercicio regular de la función militar o policial, durante operaciones o acciones militares o policiales, no genera responsabilidad penal, sin perjuicio de las investigaciones institucionales a que haya lugar” .

Esto quiere decir que, dentro de dicho concepto, debe incluirse el ejercicio regular de aquellas tareas, actividades, acciones u operaciones que les corresponde realizar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en acto, consecuencia o con ocasión del servicio, en razón a las finalidades que la Constitución y la ley dispone para estas instituciones.

III.3. Elemento Objetivo

Este último elemento descansa en el bien jurídico tutelado por cada uno de los tipos penales de delito de función. Bien jurídico castrense. El Tribunal Constitucional considera que desde una perspectiva político-criminal compatible con la Constitución, deben entenderse como bienes jurídico-penales todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad,

razón por la cual la tutela especializada de bienes jurídicos propios de las FFAA y la PNP no puede ser contraria a tal premisa básica, esto es, la protección, a través del derecho penal común, de las circunstancias y finalidades indispensables para el desarrollo de la persona humana en la sociedad.

En coherencia con los elementales principios de lesividad y última ratio, consustanciales al derecho penal del Estado constitucional y democrático de Derecho, por tanto, aplicables también al derecho penal militar policial, el delito de función debe implicar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Debe tenerse presente también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha decidido que la condición de militar en actividad es condición necesaria pero no suficiente para ser sometido al fuero castrense, pues se requiere, además, que el bien jurídico afectado se relacione con “[...] la disciplina o la misión castrense” (Caso Fernández Ortega Vs. México, fundamento 177)

IV. SOBRE EL DELITO DE DESERCIÓN

IV.1. El Delito de Deserción en la Constitución Peruana

El Perú es, entre otros atributos, una república social cuyo fin supremo es la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad; los militares y policías no son, desde ningún punto de vista, merecedores de un trato diferenciado frente a este precepto; son procesados en el Fuero correspondiente solamente si han cometido un delito de función.

Tengamos presente que las instituciones armadas son parte del Estado, su

estructura y funcionamiento están sometidas a la Constitución, la que establece deberes y derechos tanto para civiles como para militares y policías, razón por la cual es concluyente que las leyes y reglamentos de estos últimos, están subordinadas al orden constitucional, siendo un imperativo que los institutos castrenses ajusten su organización, funciones y administración de justicia especializada a las disposiciones de la Constitución y Leyes de la República.

El respeto a las especialidades y la misión constitucional de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, consideramos, será el punto de partida para lograr su tan ansiada modernización, lo cual nos obliga a hacer un trabajo reflexivo sobre algunos vestigios normativos propios del siglo XVIII, (albores de la República), y que aún se mantienen en nuestros días, en particular al tratamiento del delito de Deserción, cuya creación es simultánea con la del Ejército del Perú y cuya punición estatal estaba justificada por las especiales circunstancias sociales y de conflicto armado que se vivía entonces en todo la Nación.

El respeto a las especialidades y a la misión constitucional de las Fuerzas Armadas, no son las del siglo pasado, (en ese entonces no existían los denominados medios alternativos, ni se había desarrollado la doctrina de la intervención mínima del Derecho Penal), han variado significativamente, sin embargo, mantenemos en el tiempo la vigencia de este delito, sin reparar que su razón de ser está íntimamente ligada a un estado de guerra, en donde sí el abandono del servicio reviste suma gravedad.

Los delitos de función, dentro de los cuales se encuentra la deserción, son una excepción a la potestad que tiene el Estado de administrar justicia a través del poder judicial. De acuerdo con la Constitución, están sujetos al fuero castrense los miembros de las FFAA y de la PNP y la competencia *ratione personae* del fuero privativo militar policial se halla limitada al personal de fuerzas de seguridad; en concreto, el personal del Servicio Militar Voluntario no debe ser juzgado en tribunales militares policiales.

IV.2. Definición de Deserción

De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, la palabra deserción, proviene del latín *desertio, onis* Acción de Desertar, a su vez, significa: “Dicho de un soldado, desamparar, abandonar sus banderas”⁶.

Como vemos, la deserción, orientándose hacia su contenido castrense, consiste en un deliberado incumplimiento del deber que tiene todo militar y policía, en situación de actividad, de permanecer en sus instalaciones cumpliendo la rutina diaria del servicio y, por otro lado, retornar a aquel una vez terminada su comisión o permiso.

IV.3. El delito de Deserción en el Código Penal Militar Policial

El Código Penal Militar Policial, en su artículo 105°, define al delito de Deserción de la siguiente manera: “Incurrir en deserción y será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, el militar o el policía que:

6 Real Academia de la Lengua Española <http://dle.rae.es/?id=Cx3ak42>

1. Sin autorización, y con ánimo de sustraerse definitivamente del servicio, abandone su unidad, buque, bases o establecimiento militar o policial donde se encuentre desempeñando funciones militares o policiales;
2. Hallándose de franco, con permiso o licencia, no se presente a su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial al término del mismo. Si cumpliera con presentarse dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de su franco, permiso o licencia, el hecho será reprimido como falta administrativa disciplinaria;
3. No se presenta a su unidad, estando por emprender la marcha, zarpar el buque o iniciar itinerario la aeronave a que pertenezca;
4. Enviado de comisión o por cualquier otro motivo a lugar distinto de su unidad, no se presente, sin causa justificada, a la autoridad o jefe ante quien fuese dirigido, o si después de cumplida su misión no regresa a su destino.

Si el agente es un militar con grado de técnico, suboficial u oficial de mar, la pena privativa de la libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años, con la accesoria de inhabilitación.

Si el agente es un militar o un policía con grado de oficial, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor a seis años, con la accesoria de inhabilitación.”

IV.4. Elementos del delito de Deserción

Sujeto Activo: Personal militar o policial en situación de actividad.

Sujeto Pasivo: El Estado.

Bien Jurídico Tutelado: El Servicio de Seguridad

Modalidad: Doloso.

IV.5. Acción

Básicamente el delito de deserción se constituye por la no presencia (ausencia) injustificada del sujeto activo en su instalación militar o policial, estando constreñido a ello. Aspecto importante que estimamos precisar, es la sanción que el Código Penal Militar Policial prevé bajo dos modalidades que denominaremos Deserción Propia, “abandone su unidad, buque, base o establecimiento militar policial”, (artículo 105° inciso 1°) y Deserción Impropia, (artículo 105 incisos 2°, 3° y 4°), “hallándose de permiso no se presente a su unidad al término del mismo”, “No se presenta a su unidad estando por emprender la marcha” y “Enviado de comisión, no se presente a su unidad, al término de la misma”, respectivamente.

Es necesario señalar que, mediante sentencias previas, (STC 00454-2006-HC/TC, 00002-2008-AI/TC y 00001-2009-AI/TC), el Tribunal Constitucional ha ido interpretando las funciones constitucionalmente previstas para las Fuerzas Armadas, contenidas en el artículo 165°, tendientes a la preservación de la independencia, soberanía e integridad nacionales.

IV.6. Tipos Básicos

IV.6.1. Deserción Propia

Como se dijo precedentemente, este tipo corresponde al previsto y sancionado en el artículo 105°, inciso 1°, referido al militar o policía que “Sin autorización, y con ánimo de sustraerse definitivamente del servicio, abandone su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial donde

se encuentre desempeñando funciones militares o policiales”.

Como se ve, estamos frente al supuesto en que en un primer momento el sujeto activo está presente en su dependencia, cumpliendo (se entiende), con la rutina regular del servicio, para luego, con conocimiento y voluntad, evadirse de dicha instalación, consumándose el delito a partir de ese momento.

IV.7. Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal

Suscribiendo la postura de Peña-Cabrera Freyre⁷, podemos decir que, “...en un Estado de Derecho, el programa punitivo debe intervenir lo menos posible en la esfera de la libertad de los ciudadanos; una excesiva intervención del Derecho Penal, anuncia la negación de su propia legitimidad y abre peligrosos espacios para la arbitrariedad y la persecución.

Sobre el particular, Villavicencio Terreros señala que, de acuerdo al Principio de Lesividad u Ofensividad, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo se requiere una realización formal, sino que, además, es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Si se obviara este principio, el de intervención mínima sería un límite demasiado vago. Por el contrario, con su existencia se debe precisar qué es lo protegido y, con ello, el Estado intervendría limitando su función punitiva⁸.

Se debe anotar también el carácter complementario que tiene el Principio de Lesividad con los de Intervención Mínima, Fragmentariedad y Subsidiariedad, aspecto de suma importancia en el entendido que no solamente el Derecho Penal Militar Policial puede intervenir en la prevención de conductas que agraven o amenacen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, sino que, para tal fin, existen otros medios alternativos extrapenales.

IV.8. Fragmentariedad

Para Fidel Rojas Vargas⁹, “Una de las características principales del Derecho Penal es su naturaleza fragmentaria o accesorio, esto es, constituir sólo una parte –no la más importante– del ordenamiento jurídico, fragmento o porción de derecho que por definición no puede llegar a brindar protección penal a la totalidad de bienes jurídicos ni a protegerlos de todo tipo de agresión lesiva. En virtud a la fragmentariedad, se hallan al margen de la injerencia penal los comportamientos que atentan contra la moral, los ilícitos administrativos, disciplinarios, civiles, laborales, etc., incluso los ilícitos políticos y las infracciones constitucionales que no encuentren espacios reguladores específicos en el Código Penal y las leyes punitivas especiales”.

En este sentido, tal carácter le es extensivo al Derecho Penal Militar Policial, así, solamente deberán ser penados los actos cometidos por el personal castrense en

7 Peña Cabrera Freyre, A. Derecho Procesal Penal, Editorial RODHAS, Lima Perú, 2012, pág. 153.

8 Villavicencio Terreros, F. Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley. Lima Perú, 2014, 5ª Ed. Pág 94.

9 Rojas Vargas, F. Derecho Penal - Estudio Fundamental de la Parte General y Especial Gaceta Jurídica, Primera Edición 2013

actividad, que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos acotados precedentemente, siendo los demás regulados y sancionados por sus respectivos procedimientos administrativo-disciplinarios, resumiendo, no todas las conductas cometidas por los militares o policías en actividad pueden ser objeto de punición, sólo aquellos actos que revistan gravedad.

IV.9. Subsidiariedad

Como forma de control social, el Derecho Penal intervendrá en la regulación de conductas, sólo en los casos en que otros controles menos lesivos al individuo fracasen o sean insuficientes, por lo que debe ser considerado como la *última ratio* del sistema, lo que nos trae como primera idea que, cuando la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico tutelado no sea muy grave y pueda ser solucionado con una opción menos radical que la penal, se debe preferir aplicar aquella.

Tal como señala Bustos Ramírez, el Derecho Penal ha de entenderse como *última ratio* o mejor *extrema ratio*. Esto significa que el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. La gravedad de la reacción penal aconseja que la norma penal sólo sea considerada, en última instancia, como un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social.

V. LIMITES CONSTITUCIONALES A LA POTESTAD SANCIONADORA

En el Derecho Penal, se entiende por potestad punitiva o *ius puniendi* la facultad exclusiva del Estado para imponer penas ante la comisión de un delito. Mir Puig analiza la problemática de la potestad punitiva

del Estado, resumiéndola en tres cuestiones principales: 1) ¿quién es el titular del derecho penal subjetivo?; 2) ¿en qué se funda el *ius puniendi* del Estado?, y 3) ¿dentro de qué límites puede ser ejercido? A continuación, se resumen las ideas de este autor. (2002, pág. 97)

En cuanto a la titularidad del Derecho Penal subjetivo, el mismo autor señala que el carácter primordialmente público de los intereses afectados por el delito determina la pretensión del Estado de aparecer como el monopolizador del recurso a la coacción física. Así, pese a existir en el ordenamiento jurídico delitos de persecución privada, ello no impide afirmar que, incluso en estos casos, el Estado es el único titular legitimado para imponer penas y medidas de seguridad.

Por ende, el fundamento del Derecho Penal puede ser de dos clases: funcional y político. El fundamento funcional afirma que está justificado castigar porque es necesario realizar los objetivos que se atribuyen a la pena o a la medida de seguridad. Así, desde el punto de vista de las teorías absolutas, el fundamento del *ius puniendi* sería la necesidad de realizar la justicia por medio de la pena. Mientras que, desde el punto de vista de la prevención, el fundamento radica en la necesidad de protección de la sociedad. Ahora que, si bien puede ponerse en tela de juicio la legitimidad del recurso a la pena para proteger a la sociedad debido a la aparente inutilidad de la pena (altas tasas de reincidencia), señala Mir Puig que la eficacia de la pena no debe medirse en función de los que ya delinquieron, sino atendiendo a los que se abstienen de delinquir por la amenaza de la pena.

El fundamento político responde a la pregunta de por qué el derecho a castigar puede ser ejercido por el Estado. Esta

pregunta surge con el advenimiento del Estado liberal, pues en éste resulta nuclear la legitimación del Estado para privar al ciudadano, por medio de la pena, de sus derechos más elementales. Por ello, en un primer momento, el Derecho Penal se concibió como un derecho al servicio de la defensa de las garantías de los eventuales delincuentes. No obstante, a fines del siglo XIX el positivismo criminológico cuestionó al liberalismo haber permitido el aumento considerable de la delincuencia y de la reincidencia. Así, con el paso del Estado liberal clásico al Estado social de derecho, se admite la idea de un Estado intervencionista, el cual no solo se considera facultado sino obligado a incidir en la organización de lo social, desbordándose las barreras que separan la sociedad del Estado. Es este nuevo modelo el que permite que el Estado intervenga no solo en defensa del ciudadano como posible delincuente, sino también como activo instrumento de prevención de delitos dirigido a la protección de bienes jurídicos. El Derecho Penal es, desde esta perspectiva, un medio al servicio de la política criminal. No obstante, la aparición posterior del totalitarismo en Europa puso al descubierto los peligros que la perspectiva intervencionista podía implicar para la garantía del individuo. Frente a ello, Mir Puig afirma que un Derecho Penal actual debería incorporar los postulados del planteamiento social, pero teniendo en cuenta que el *ius puniendi* debe respetar, en el ejercicio de su función, los límites que impone la garantía del individuo, afirmando que *“el derecho penal social no debe ser sustituido sino completar la unilateralidad del derecho penal liberal. La síntesis ha de alcanzarse en un derecho penal democrático”* (Mir Puig, 2002).

Ahora bien, afirma Landa (2006) y coincidimos con dicha postura, que las

bases del Derecho Penal no hay que buscarlas en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado Constitucional democrático. (Landa Arroyo, 2006, pág. 263)

El desarrollo teórico expuesto es plenamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, en la medida que, conforme al modelo previsto en la Constitución Política (Artículos 3 y 43 de la Norma Fundamental) el Perú es un Estado Social y democrático de Derecho. La potestad punitiva del Estado peruano, entonces, está sujeta a un Programa penal de la Constitución, que articula los distintos principios que limitan el *ius puniendi* estatal.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Resultaría ilegítima la sanción a través del delito de función al personal de Servicio Militar Voluntario, pues la Constitución Política solo faculta al Fuero Militar Policial a procesar por delitos de función, al personal que se encuentra cumpliendo el Servicio Militar Obligatorio, más aun cuando el Derecho Penal (Militar Policial), solo debe intervenir en la prevención y sanción de delitos de función como última ratio, en atención al Principio de Intervención Mínima, dejando las conductas menos dañosas bajo la regulación del procedimiento administrativo sancionador.

SEGUNDA.- Con anterioridad al proceso penal instaurado en el Fuero Castrense, todos los efectivos del Servicio Militar Voluntario fueron dados de baja administrativamente por sus comandos, protegiéndose así la disciplina institucional, por lo que la intervención de la justicia militar policial para la imposición de una pena por el

delito de Deserción, al personal del Servicio Militar Voluntario, resulta excesiva.

TERCERA.- El principio *non bis in idem involucra* que no se podrá imponer, sucesiva o simultáneamente, una pena o una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, ya que se aplican sanciones administrativas y sanciones penales a individuos que han cometido infracciones a las normas penales y disciplinarias que pueden confluir en el mismo hecho. Entonces, diremos que es inconstitucional.

VII. SUGERENCIAS

PRIMERA.- Se sugiere solicitar la modificación del artículo 173° (segundo párrafo) de la Constitución Política del Estado, referido al Servicio Militar Obligatorio, al haberse modificado legalmente a una forma voluntaria.

SEGUNDA.- Retirar de las infracciones contenidas en la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas las que tengan supuestos que son sancionados

a través del Código Penal y Código Penal Militar Policial, a fin de evitar una doble o hasta triple sanción y, por ende, evitar una sensación de inseguridad jurídica en los miembros de las Fuerzas Armadas.

VIII. BIBLIOGRAFIA

DECRETO LEGISLATIVO N° 1094, CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL, Tercera Edición, Biblioteca Jurídica, Fuero Militar Policial, Lima Perú, 2011.

PEÑA Cabrera Freyre, Alonso R, Derecho Procesal Penal, Editorial RODHAS, Lima Perú, 2012.

RE (Reglamento del Ejército), 320-5 Diccionario de Términos Militares.

Real Academia de la Lengua Española

Ley 29248 “Ley de Servicio Militar”

DL N° 1146 que modifica la ley N° 29248 “Ley de Servicio Militar”

DS N° 003-2013-DE “Reglamento de la ley de Servicio Militar”

Ley N° 29131 “Ley del Régimen Disciplinario de las FFAA” y su Modificación DL N° 1145

DS N° 008-2013 “Ley del Régimen Disciplinario de las FFAA

Arturo Antonio Giles Ferrer¹

IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN EN LA UNIVERSIDAD

RESUMEN

El autor trata en clave histórica la relevancia de la investigación en el proceso formativo y aplicativo de cualquier profesión y el compromiso que tiene la universidad con ésta, así como las limitaciones formativas del abogado en las herramientas de la investigación.

ABSTRACT

The author deals historically with research relevance in the training and application process of any profession and the commitment that the university has with it, as well as the lawyer's training limitations in research tools.

DESARROLLO

La razón de ser de la universidad en el Perú y el mundo está en la producción de conocimiento, el mismo que se realiza a través de la investigación, de ahí que el elemento metodológico deba estar permanentemente

1 Ha sido hasta el 31 de diciembre de 2019, presidente de la Sala Suprema de Guerra del Fuero Militar Policial del Perú, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política, grados otorgados por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Máster Universitario en Derecho Constitucional y Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla - La Mancha, título obtenido con la mención CUM LAUDE, Magíster en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otros. Mayor General de la Fuerza Aérea del Perú en situación militar de retiro desde el 1 de enero de 2020, profesor de Metodología en la Maestría en Gestión Pública de la Unidad de Post Grado de la Facultad de Ciencias Administrativas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

presente en el proceso educativo y no solo en los cursos de investigación o en el post-grado.

El sentido histórico de lo anterior es muy simple. El nuevo conocimiento, cuando entra en contacto con el anterior genera conflicto, el cual no solo es intelectual, sino violento. Como recuerda no sin razón Fernando De Trazegnies Granda²:

“El mundo antiguo conocía que la Tierra era redonda, como lo demuestra el hecho de que, dos siglos antes de Cristo, Eratóstenes había incluso calculado con bastante precisión su circunferencia. Y Strabo en el siglo I de nuestra era escribió literalmente que navegando por el Océano Atlántico hacia el Oeste se podía llegar a la India y que quizá en el camino se descubrieran uno o dos continentes habitables”. ¿Qué pasó con esos conocimientos científicos tan importantes? Posiblemente, nadie se atrevió a retomar estos atrevidos planteamientos por el temor de que los prejuicios de la época se expresaran en sanciones incluso penales; posiblemente, los manuscritos que contenían estos conocimientos fueron apartados del acceso por el común de los mortales y encerrados en lo más oculto de las bibliotecas, considerando que contenían ideas moralmente subversivas que socavaban las verdades establecidas. El hecho es que ello

retrasó el descubrimiento de América en 20 o 22 siglos.

Mucho tiempo después, en el siglo XVII, Galileo fue prohibido por la Inquisición de enseñar que la Tierra se movía alrededor del Sol, como sostenía Copérnico en contra de Ptolomeo. La razón de tal prohibición fue que esta nueva impiedad de los matemáticos contrariaba las Sagradas Escrituras y le hacían perder dignidad al ser humano, dado que la Tierra ya no sería el centro del universo.

Se necesitaba en consecuencia, a decir del maestro sanmarquino Luis Piscoya Hermoza³, un espacio de libertad, en el que se pudieran discutir las ideas prohibidas y ese ambiente es la universidad. Por eso las universidades nacieron con su fuero que era otorgado mediante una bula papal, para proteger a los miembros de la comunidad universitaria y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos tuvo su fuero y es en la universidad donde se empiezan a gestar las ideas revolucionarias que conducirían luego a la independencia de España, en la medida que se estudiaba la revolución francesa, la americana, las ideas de la ilustración, etc. Posteriormente el principio de igualdad ante la ley, aporte del revolucionario francés, abolió la mayor parte de los fueros⁴, entre ellos el universitario.

2 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: “Ética y Derecho”, en “Aula Magna Ética e Investigación ¿el fin justifica los medios?”, Lima, Tipsal S.A. 1998, página 59.

3 PISCOYA HERMOZA, Luis: “El sentido histórico de la universidad”.

4 Un rezago del fuero universitario es el Art.10.3 de la ley universitaria que establece que la Policía Nacional y el Ministerio Público solo pueden ingresar al campus universitario por mandato judicial o a petición del Rector, debiendo este último dar cuenta al Consejo Universitario o el que haga sus veces, salvo cuando se haya declarado el estado de emergencia, se produzca un delito flagrante o haya peligro inminente de su perpetración. En estos casos, el accionar de la fuerza pública no compromete ni recorta la autonomía universitaria.

Ello explica aun cuando no justifica que, del claustro universitario, concretamente de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga en Ayacucho apareciera bajo el ropaje de un profesor de filosofía, el más sanguinario terrorista peruano, Abimael Guzmán Reinoso, de quien el politólogo David Scott Palmer dijera en el 2012 que “era un maestro muy carismático, con un estilo retórico ameno que realmente atraía a los estudiantes”⁵.

Por ello no es de extrañar que el Art.18° de la Constitución Política de 1993, establezca que la educación universitaria tiene entre sus fines la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica⁶, lo que, dicho sea de paso, relleva también la diferencia que hay entre los hechos y los textos, ello es, a la evidencia de su eficacia, penosamente cierto.

En ese orden de ideas el Art.1° de la Ley N° 30220, Ley Universitaria, de 3 de julio de 2014, reconoce a la universidad peruana el ser ente fundamental del desarrollo nacional, de la investigación y de la cultura, estando entre sus principios el

de espíritu crítico e investigación (Art.5°.- 5.5), teniendo entre sus funciones la investigación (Art.7°.- 7.2), que constituye función esencial y obligatoria de la universidad a decir del Art.48°.- de la citada ley⁷.

En realidad, como lo ha recalcado reiteradamente el famoso metodólogo Don Roberto Hernández-Sampieri⁸ en diversas conferencias y entrevistas, la investigación es importante para el ejercicio de cualquier profesión, incluso para quien no se va a dedicar a investigar sino solo a aplicar conocimientos.

Sin embargo, la universidad peruana se ha alejado de los fines de honda raigambre académica que fundamentan su existencia. Se ha dedicado a producir profesionales en lugar de conocimientos y ello se expresa en que no hay una sola universidad peruana que se encuentre en el ranking de las mejores universidades del mundo⁹ y en la escasa cantidad de graduados de los diferentes posts grados, que polariza y se encuentra en inversa proporción a la cantidad de egresados de los mismos.

5 Lo cual no nos impide condenar categóricamente los métodos de la organización criminal que él creó y de la cual era su caudillo.

6 La Constitución de 1979 decía lo mismo en el Art.31°.- primer párrafo: - “La educación universitaria tiene entre sus fines la creación intelectual y artística, la investigación científica y tecnológica y la formación profesional y cultural. Cada universidad es autónoma en lo académico, normativo y administrativo dentro de la ley. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia...”

7 Su predecesora, la Ley 23733 de 09 de diciembre de 1983 y modificatorias, traía similar contenido, aunque con menor énfasis.

8 HERNÁNDEZ-SAMPIERI, Roberto y MENDOZA TORRES, Cristian Paulina: “Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta”, McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., México 2018.

9 La mejor ubicada es la Pontificia Universidad Católica del Perú, que se encuentra en el puesto No. -395 y en otro ranking aparece la Universidad Nacional Mayor de San Marcos como la mejor posicionada en el puesto 1331.

En un país carente y necesitado de ciencia como el nuestro, tenemos que repensar creativamente la manera como venimos gestionando la educación universitaria en general, los posgrados en particular y los cursos de investigación en concreto, en orden a formar y consolidar investigadores antes que profesionales, que en última instancia pueden ser producidos por otros estamentos de la educación superior.

Esto es particularmente álgido en las facultades de Derecho¹⁰, donde los futuros abogados no son formados necesariamente para investigar sino para aplicar los conocimientos impartidos en las aulas.

Consecuencia de lo anterior, es que las leyes no surgen de un estudio riguroso de la realidad socioeconómica del país, sino de los escritorios de los funcionarios, cuando no se recurre al deporte de la copia de leyes foráneas, a lo que el jurista peruano José Hurtado Pozo se refiere en su famosa obra “La ley importada”¹¹.

Aunque para hacer justicia histórica, de un tiempo a esta parte ha ido mejorando, pues el Art.2° de la “Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa” N° 26889, de 9 de diciembre de 1997, preceptúa que los proyectos de Ley deben estar debidamente sustentados en una

10 La bibliografía sobre este particular es abundante y las principales obras sobre investigación jurídica en castellano son, enunciativamente, las siguientes: ALCOCHOURON, Carlos y BULGYN, Eugenio: “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales” 1 ed., DEPALMA, Buenos Aires, 1974; BASCUÑAN V., Aníbal: “Manual de técnica de investigación jurídica”, 3ra edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1961; CARNELUTTI, Francesco: “Metodología del Derecho”, UTHEA, México 1940; CARRUITERO LECCA, Francisco y BENITES VÁSQUEZ, Tula: “Guía de Investigación en Derecho, Proyecto de Tesis y Tesis a nivel de posgrado”, Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo 2021; CARRUITERO LECCA, Francisco, HOSPINAL ÁLVAREZ, Ángel y BENITES VÁSQUEZ, Tula: “Estadística para la ciencia jurídica”, Lima 2021, presente en la web; CHÁVEZ DE PAZ, Dennis: “Método de investigación sobre “el delito como opción del riesgo””, en Revista de Derecho y Ciencia Política, Vol. 75 Lima, 2020-01 páginas 180 a 191, presente en la web; CHULLA E y AGULLÓ M., “Como se hace un trabajo de investigación jurídica”, Catarata 2012, COHEN, Félix: “El método funcional en Derecho”, 1ª, ed., en español, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1962; GIRALDO ÁNGEL, Jaime: “Metodología y técnica de la investigación jurídica”, 5ta. Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1992; GORDILLO, Agustín: “El método en Derecho”, 1ra. Edición, Cuadernos Civitas, Madrid 1988; HERNÁNDEZ GIL, Antonio: “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Gráfica Uguina, Madrid 1971; LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro A.: “Metodología del Derecho”, Ed. Librería del Profesional, Bogotá 1982; LARENZ, Karl: “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Ariel, Barcelona 1980; QUIROZ SALAZAR, William: “La investigación jurídica”, IMSERGRAF E.I.R.L., Lima, 1998; RAMOS NÚÑEZ Carlos: “Como hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento”, Grijley, Lima 2018; SOLIS ESPINOZA, Alejandro: “Metodología de la investigación jurídico social”, Editores B y B, Lima 2001; TAMAYO HERRERA, José: “Como hacer la tesis de Derecho. Manual para los aspirantes al grado de Bachiller en Derecho”, Centro de Estudios País y Región, Lima 1990; VALDIVIA CANO, Juan Carlos: “La caja de herramientas. Introducción a la investigación jurídica”, Universidad Católica de Santa María, Arequipa 1998; VALLET DE GOYTIZOLO, Juan: “Metodología jurídica”, Cuadernos Civitas, Madrid 1988; WITKER, Jorge: “La investigación jurídica”, McGraw-Hill, México 1995; ZELAYARÁN DURAND, Mauro: “Metodología de la investigación jurídica”, Ediciones Jurídicas, Lima 1997; por citar lo más elemental.

11 Editorial Cedys, Lima 1979.

exposición de motivos¹² y en concordancia con ello, el primer párrafo del Art.75° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República, concordante también con el Reglamento de la mencionada Ley, exige que las leyes tengan

exposición de motivos, donde se evalúe entre otros, el costo beneficio, así como el impacto de la norma en la realidad¹³. Aunque lo precedente ayuda, las costumbres no se cambian con las normas, los textos no modifican los hechos.

12 El Reglamento de la mencionada Ley, aprobado por Decreto Supremo No.008-2006-JUS de 24 de marzo de 2006 es más específico al establecer, lo siguiente: “Artículo 2.- Exposición de motivos. La exposición de motivos consiste en la fundamentación jurídica de la necesidad de la propuesta normativa, con una explicación de los aspectos más relevantes y un resumen de los antecedentes que correspondan y, de ser el caso, de la legislación comparada y doctrina que se ha utilizado para su elaboración. Asimismo, la fundamentación debe incluir un análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada, así como sobre su coherencia con el resto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional y con las obligaciones de los tratados internacionales ratificados por el Estado.

Artículo 3.- Análisis costo beneficio. 3.1. El análisis costo beneficio sirve como método de análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. La necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlos. 3.2. El análisis costo beneficio es obligatorio en los anteproyectos de normas de desarrollo constitucional, leyes orgánicas o de reformas del Estado; leyes que incidan en aspectos económicos, financieros, productivos o tributarios; y leyes relacionadas con política social y ambiental. 3.3. Las propuestas que no estén comprendidas dentro de las precitadas categorías sustentarán los alcances, las implicancias y sus consecuencias, identificando a los potenciales beneficiarios y afectados en forma clara y sencilla.

Artículo 4.- Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional. El análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional debe precisar si se trata de innovar supliendo vacíos en el ordenamiento o si se trata de una propuesta que modifica o deroga normas vigentes. En caso de tener un efecto derogatorio, éste se debe precisar expresamente. El análisis debe incluir una referencia a los antecedentes, diagnóstico de la situación actual y objetivos de la propuesta. Si se modifica o deroga una norma vigente, debe analizarse su idoneidad o efectividad, precisando falencias, vacíos y defectos que sea necesario superar mediante una acción normativa”.

13 “Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos que se exprese el problema que se pretende resolver y los fundamentos de la propuesta; los antecedentes legislativos; el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, precisando qué artículos o partes de artículos se propone modificar o derogar; el análisis costo-beneficio de la futura norma legal que incluya la identificación de los sectores que se beneficiarían o perjudicarían con el proyecto de ley, los efectos monetarios y no monetarios de la propuesta, cuando corresponda, su impacto presupuestal y ambiental...”

Jony Elar Sotelo Novoa¹

SITUACION ACTUAL DEL DELITO DE DESERCIÓN EN EL PERÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; 2. LA DISCIPLINA MILITAR COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS; III. FACETAS DE LA DISCIPLINA; IV. PROFESIÓN MILITAR Y CONDICIÓN DE MILITAR; V. EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO; VI. EL DELITO DE DESERCIÓN EN EL ACTUAL CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL (CPMP); VII. BREVE APROXIMACIÓN AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE DESERCIÓN; VIII. DESERCIÓN AGRAVADA EN ENFRENTAMIENTO CONTRA GRUPO HOSTIL; IX. DESERCIÓN DE PRISIONERO DE GUERRA; Y X. DIFICULTADES PROCESALES EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE DESERCIÓN.

RESUMEN

El autor habla sobre la disciplina militar como elemento esencial de las Fuerzas Armadas. Esa disciplina es también extensiva a los integrantes del Servicio Militar Voluntario, quienes pueden cometer el delito de Deserción. El autor discute y sugiere modificaciones a tipos penales relativos con la deserción agravada, entre otros aspectos.

ABSTRACT

The author talks about military discipline as an essential element of the Armed Forces. This discipline is also extensive to the members of the Voluntary Military Service, who can commit the Desertion crime. The author discusses and suggests modifications in criminal types related to aggravated desertion, among other aspects.

1 Abogado, oficial del Ejército.

I. INTRODUCCIÓN

La deserción es el delito que se da con mayor frecuencia en las Fuerzas Armadas, pero con mayor incidencia en el Ejército, donde resulta crítico. Las causas de ello requieren de un análisis sociológico, que supera los alcances este trabajo que versa sobre aspectos técnico jurídicos procesales del delito de deserción; no obstante, algo diremos sobre ello.

Los artículos 105, 106 y 107 del Código Penal Militar Policial vigente (CPMP) regulan un tipo penal base, la deserción agravada y la deserción del prisionero de guerra. En ese sentido, analizaremos algunas imprecisiones en la redacción de estos artículos penales, abordaremos el dilema del bien jurídico protegido, la disciplina o la seguridad militar, el tratamiento ambiguo de la deserción del prisionero de guerra, entre otros temas.

II. LA DISCIPLINA MILITAR COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

El orden y la disciplina están presentes en toda organización de la sociedad, pues ellos conllevan a que toda institución tenga el principio de autoridad; sin embargo, es en la organización militar donde adquieren mayor relevancia estos conceptos, pues son los elementos determinantes de la existencia misma de las Fuerzas Armadas (FFAA).

“Si en todo organismo social es deseable y precisa la disciplina, en las instituciones armadas constituye un cimiento esencial, hasta el punto de que se ha dicho que un cuerpo armado sin disciplina no es un ejército, es una horda.”²

Este concepto tiene una evolución a lo largo de la formación de la sociedad, se pasó de una disciplina ciega, características de los ejércitos del siglo XVI hacia adelante, que se exigía mediante el temor al castigo, a una disciplina de convencimiento interno, que va “más allá de la mera sujeción a un superior, sino que implica una internalización por el individuo de una plana disposición a ser obedientes,³ pues “se advierte que el elemento humano militar rinde más y mejor bajo el convencimiento de las órdenes que debe cumplir y no por la presión de la continua coacción disciplinaria”;⁴ tan determinante es la disciplina en los ejércitos que ha servido de modelo para las organizaciones civiles en general.

En la organización castrense se entiende la disciplina como “la obligación impuesta a los miembros de un cuerpo militar de observar rigurosamente las normas establecidas por los reglamentos y de prestar a las órdenes impartidas por los superiores entera obediencia; o, en otros términos: es la regla de conducta uniforme, común a todos, a la que los jefes, oficiales y soldados están sometidos sin distinción alguna”⁵.

2 RAMIREZ PRADO Fidel “Derecho Penal y Procesal Penal” Ediciones Jurídicas. Lima 2013. Pág. 288.

3 COTINO HUEZO Lorenzo, “El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas” Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid, 2002. Pág. 533.

4 Ibidem. Pág. 541.

5 MONZANTE RUBIO Hernán, “Fuerzas Morales Militares” Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Lima 2014. Pág. 49.

“El concepto de la disciplina comprende el orden, la uniformidad, la obediencia, la consideración, el respeto a los superiores, la puntualidad, el compañerismo y, en general, el cumplimiento de todos los deberes militares. Es condición esencial para la existencia de la disciplina, el acatamiento a la orden establecida, independiente de toda consideración de amistad, parentesco, simpatía, edad o posición social.

La disciplina es el instrumento más eficaz de que dispone el jefe ante sus subordinados para imponer su autoridad, para impartir órdenes y hacerlas cumplir sin restricción alguna (...) la disciplina, más que el temor a las sanciones a que pueda hacerse acreedor el que la contraviene, reposa sobre convicciones y hábitos profundamente arraigados en la conciencia de todos los integrantes de un cuerpo militar; de ahí que cada uno de sus miembros observa sus reglas con la mayor naturalidad, sin la más mínima violencia, manteniendo, en todo momento, una absoluta conformidad.”⁶

En este contexto, la disciplina es un “(...) valor esencial de la institución militar, sin el cual no podría existir como tal, no solamente supone –como dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua– la observancia de las leyes y ordenanzas de una profesión o instituto, sino el acatamiento interno y externo de las reglas que configuran el propio instituto, en el que se manifiesta la disciplina como factor de cohesión que obliga a todos por igual, que obliga a mandar responsabilidad y a obedecer lo mandado,

que todo militar deberá conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en los reglamentos o será respetuoso y leal con sus jefes, ni hablará mal de sus superiores etc.”⁷

En nuestro país, el militar está sometido a los alcances de una normatividad legal; entre las normas que regulan la actividad militar se encuentra el Código Penal Militar Policial, que contempla el delito de desertión, cuando un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, quebrando todo principio de la disciplina, abandona el cuartel o unidad donde presta servicios, sin autorización, lo que equivale a decir que se aleja de la unidad castrense, sin autorización y conocimiento de su superior jerárquico; consecuentemente, la institución tiene que decidir su permanencia, por lo que el código militar establece como sanción una pena, que de acuerdo a las circunstancias, varía entre dos a quince años de pena privativa de la libertad, como veremos más adelante.

III. FACETAS DE LA DISCIPLINA

Habiendo definido la disciplina, es preciso establecer las facetas de la misma: faceta supra institucional y faceta institucional.

- a) **Faceta supra institucional.**- En esta faceta se hace referencia al respeto que todos los integrantes de las Fuerzas Armadas tienen a la Constitución Política, a las normas

6 Ibidem. Pág. 49.

7 RAMIREZ PRADO Fidel “Derecho Penal y Procesal Penal” Ediciones Jurídicas. Lima 2013. Pág. 288.

generales y a los poderes del Estado, estando en consecuencia subordinados a las autoridades democráticas, como expresión de disciplina: “en consecuencia, el acatamiento de la supremacía civil, así como de las normas que son expresión del poder civil pasan indefectiblemente a formar parte de la virtud y profesionalidad que se exigen al militar.(...) La disciplina tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución a la que la Institución Militar está subordinada, por ello (...) cuando las ordenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas.”⁸

- b) **Faceta institucional.**- Es la relativa a la propia organización militar, también denominada disciplina institucional: “la palabra disciplina hace referencia a la observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto, consistiendo, por tanto, en lo que a las Fuerzas Armadas respecta, en el conjunto de reglas a las que el militar debe acomodar su conducta; por lo que de este amplio concepto, cabe distinguir dos sentidos o matices, uno objetivo y otro subjetivo; el primero consiste en la ordenada y escueta observancia de hecho, dentro de las Fuerzas Armadas, de todas

aquellas normas, sistemas de obrar y reglamentación de servicios que presiden y aseguran el adecuado funcionamiento de dichas Fuerzas Armadas, en orden a la más eficaz consecución de sus fines. (...) El segundo aspecto de la disciplina, es el subjetivo. En este segundo sentido, disciplina es una fuerza moral. (mos, moris=costumbre). (...) es el ánimo, costumbre o, mejor dicho, aun, fuerza moral que por educación se adquiere y por arraigo convencimiento se robustece y que comprende una obediencia pronta, una adhesión a la autoridad y mando legítimos, ahínco que lleva al escrupulo cumplimiento de los deberes y al espíritu de aceptación y satisfecha conformidad con que se ejecutan los actos y servicios ajenos al servicio de la carrera de las armas.”⁹

IV. PROFESION MILITAR Y CONDICIÓN DE MILITAR

Esencialmente, la profesión militar es la respuesta a una vocación de servicio, por tanto, es una actitud ante la vida que se centra más en los demás que en uno mismo, y esta vocación generosa se aplica a una escala de valores en la que la Patria destaca como algo a lo que vale la pena servir. Entendiendo la Patria no como una palabra hueca y grandilocuente, sino como nuestro patrimonio, que incluye el país, o sea, la tierra; la nación, es decir, la gente; el

8 COTINO HUEZO, Lorenzo. Op. Cit., pág. 549, 550 y 551.

9 COTINO HUEZO, Lorenzo. Op. Cit., pág. 551 y 552.

Estado, como la nación organizada para la convivencia; y también la cultura propia, la historia común, la aventura compartida y los objetivos en los que convergen nuestros sueños y nuestras ilusiones colectivas.

La carrera militar invoca a un compromiso de todo militar que incluye el dar la vida, si ello fuera necesario, en el cumplimiento de la misión.¹⁰

Samuel Huntington ha sido uno de los primeros estudiosos del tema militar. En su obra “El Soldado y el Estado” sostiene que el militar es un profesional y que las características principales de esta profesión son: la maestría, la responsabilidad y el corporativismo.¹¹ A través de estos tres conceptos, Huntington reivindica la autonomía que deben tener las FFAA; no obstante, debe haber un “control civil objetivo” sobre las mismas. Control que permite llevar al máximo el profesionalismo militar, que aleja al militar de la política y de su intervención en ella.

Huntington también dice que, en base a este profesionalismo militar y a sus tres características, se desarrolla una mentalidad militar, que es alcanzada por gente que actúa de la misma forma a lo largo de un prolongado período y que tiende a desarrollar hábitos distintivos y persistentes, es decir su propia manera de ver la vida. Esta mentalidad militar, según el autor, “consiste en los valores, actitudes y perspectivas que son naturales al desempeño de la profesión

militar y que son deducibles de la naturaleza de dicha función.”

En el Perú la condición de militar se obtiene por decisión de la persona, existiendo para estos fines al menos tres caminos: (i) a través de los centros de formación castrense, es decir las escuelas militares; (ii) de los procesos de asimilación, que siguen quienes han estudiado en universidades o institutos y luego se incorporan a las Fuerzas Armadas; y (iii) del servicio militar.¹²

Los derechos y obligaciones en la Fuerzas Armadas se rigen por el principio de igualdad. El estatuto del personal militar de oficiales está regulado por la Ley N° 28352, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas”, y el Decreto Legislativo N° 1144 regula la “Situación de los supervisores, técnicos y sub oficiales u oficiales de mar de las Fuerzas Armadas”. En la Policía Nacional, el Decreto Legislativo N° 1149, “Ley de la Carrera y Situación del personal de la Policía Nacional del Perú”, regula la carrera de estos servidores.

V. EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO

Es preciso advertir que la Constitución de 1993 no menciona, con la misma claridad que las constituciones que la precedieron, la adopción de un modelo de Servicio Militar Obligatorio; por el contrario, da cuenta más bien de un afán de dejar a la

10 Javier Pardo de Santayana, “La profesión militar y el pensamiento débil”, en http://www.cuentayrazon.org/revista/pdf/136/Num136_001.pdf

11 “Los militares en situación de retiro y la sociedad civil” Tesis para optar el grado de magister en ciencia política y gobierno. PUCP Lima 2012.

12 Cristian Donayre M. “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018, Pág. 33.

discrecionalidad del legislador de la determinación de la fórmula a seguir. La Constitución de 1979 era explícita al plantear el servicio militar como una obligación patriótica de todos los peruanos (Art. 78) y señalar al Código de Justicia Militar como la norma aplicable en caso de que se infringiera tal servicio (Art. 282); sin embargo, la Constitución de 1993 solo recoge esta última disposición (Art. 173) y el deber de todos de participar en la defensa nacional, conforme al artículo 163.

En la actual Constitución, la única disposición que hace referencia al servicio militar es el artículo 173, en los términos siguientes:

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

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.”

De manera tal que, al no optar la Constitución por una forma particular de servicio militar, ha dejado la posibilidad para que el Ejecutivo o el Congreso elijan el tipo

de servicio militar, y así se hizo inicialmente, al inclinarse por un modelo de Servicio Militar Obligatorio (Decreto Legislativo 264), y actualmente ha optado por el modelo del Servicio Militar Voluntario, mediante Ley N° 29248.

Esta Ley está básicamente destinada a regular el Servicio Militar Voluntario, que la describe como una forma de colaboración autorizada por parte de los ciudadanos a la labor que cumplen las Fuerzas Armadas. Si bien su objetivo está dirigido básicamente a asegurar la Defensa Nacional (su finalidad primordial es garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República, según el artículo 165 de la Constitución), también puede cumplir otros mandatos, siempre que ellos tengan un asidero constitucional (entre muchos, asegurar el orden interno, según el mismo artículo 165, o participar en situaciones de emergencia ocasionadas por desastres naturales...)¹³

En el caso de la Constitución de 1993, si bien no se advierte un apartado que reconozca el Servicio Militar Obligatorio como deber, sí se prevén diversos deberes: (...)

El deber de participar en la Defensa Nacional (artículo 163). Disposición en la que se fundamentaría el Servicio Militar Obligatorio, y que debe ser concordado con lo dispuesto en el artículo 173, in fine, de la Constitución: “Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están

13 Argumento 9 del voto de los magistrados URVIOLA HANI, MESÍA RAMÍREZ Y ETO CRUZ en la sentencia N° 015-2013-PI/TC del 23 mayo de 2014.

asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”.¹⁴

La intervención de los ciudadanos en el servicio militar es un “deber constitucional de participar en la defensa nacional, la cual se encuentra claramente establecida en el artículo 163 de la Constitución, concordante con los artículos 38, 44 y 168 del mismo texto constitucional, y se basa en la protección de los derechos fundamentales, el bienestar y el desarrollo de todos los peruanos”¹⁵.

En razón a ello, el Art. 2 de la Ley 29248, “Ley del Servicio Militar Voluntario”, establece:

El Servicio Militar es una actividad de carácter personal. Mediante ella, todo peruano puede ejercer su derecho y deber constitucional de participar en la Defensa Nacional. Es prestado por varones y mujeres sin discriminación alguna, a partir de los dieciocho (18) años de edad.

El servicio militar es retribuido mediante una serie de beneficios y derechos que buscan compensar las necesidades de los participantes y brindar posibilidades de desarrollo personal para su futuro.

Asimismo, contribuye a afianzar el compromiso de los peruanos con el país y se considera un deber con la patria para enfrenar amenazas y desafíos, así como para prestar ayuda

y cooperación en zonas del país que requieran la presencia del Estado, en labores de apoyo social y humanitario.

De igual manera, el artículo 10 señala la finalidad del servicio militar, de la forma siguiente:

El Servicio Militar tiene por finalidad capacitar y entrenar a los peruanos en edad militar en las Instituciones de las Fuerzas Armadas, a fin de que estén preparados para cumplir con la Patria en la defensa de su soberanía e integridad territorial, con las funciones que les asignen tanto la Constitución Política del Perú como las leyes de la República.

Asimismo, afianza los valores cívicos de servicio a la Patria, participación, responsabilidad, solidaridad, valor, cumplimiento, respeto a la ley y protección de los intereses nacionales. Busca alentar el respeto y amor a los valores patrios, símbolos y tradiciones culturales que apuntan a robustecer la peruanidad.

El artículo 54 señala los derechos y beneficios para quienes se encuentren cumpliendo el Servicio Militar Acuartelado:

1. Alimentación diaria.
2. Dotación completa de prendas según la región y la estación.
3. Prestaciones de salud en los hospitales o establecimientos de salud de la Institución a la que pertenezca.

14 Argumento 25 del voto de los magistrados URVIOLA HANI, MESÍA RAMÍREZ Y ETO CRUZ en la sentencia N° 015-2013-PI/TC del 23 mayo de 2014.

15 Argumento 19 del voto de los magistrados URVIOLA HANI, MESÍA RAMÍREZ Y ETO CRUZ en la sentencia N° 015-2013-PI/TC del 23 mayo de 2014.

4. Asignación económica mensual, conforme a la ley de la materia.
5. Viáticos y pasajes para comisión del servicio.
6. Seguro de vida y servicio de sepelio.
7. Recibir instrucción básica militar. Adicionalmente podrán recibir educación técnico-productiva o educación superior tecnológica en distintas especialidades. El Reglamento de la presente Ley establecerá cuáles son las especialidades a las que se hace referencia en el presente numeral y las instituciones de educación pública que brindarán matrícula en los niveles y modalidades señalados, previo convenio con el Ministerio de Educación.
8. Facilidades para iniciar, continuar y culminar estudios de educación universitaria en las instituciones educativas públicas, así como para ser considerados con la categoría más baja para los pagos correspondientes en instituciones educativas privadas. Para estos efectos, el Ministerio de Defensa celebrará los convenios que correspondan con dichas instituciones.
9. Descuento de hasta cincuenta por ciento (50%) del valor de las entradas a museos, lugares históricos, culturales y a todo espectáculo público organizado por el Ministerio de Cultura u otras dependencias del Sector Público, para cuyo efecto el Ministerio de Defensa celebrará los convenios que correspondan con dichas instituciones.
10. Descuento de hasta cincuenta por ciento (50%) del valor de las entradas a eventos deportivos organizados por el Instituto Peruano del Deporte, y otras entidades deportivas, para cuyo efecto el Ministerio de Defensa celebrará los convenios que correspondan con dichas instituciones.
11. Bonificación de veinte por ciento (20%) sobre la nota final, para los postulantes a las Escuelas de Formación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Con tal fin, los Ministerios de Defensa y del Interior adoptarán las acciones correspondientes.
12. Descuento de hasta cincuenta por ciento (50%) en el monto de pago por derechos de inscripción e ingreso a las Escuelas de Formación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.
13. Descuento de hasta cincuenta por ciento (50%) en el monto de pago por derechos de inscripción, ingreso y pensión mensual por educación en las instituciones educativas superiores públicas y privadas, universitarias y no universitarias. Para ello, el Ministerio de Defensa celebrará los convenios que correspondan con dichas instituciones.
14. Reserva anual de hasta veinte por ciento (20%) de las vacantes declaradas en las Escuelas de Formación de Personal Subalterno de las Fuerzas Armadas y Subalterno de la Policía Nacional del Perú, las cuales serán cubiertas por personal procedente del Servicio Militar que ha participado en acciones armadas en defensa del orden interno y Seguridad y Defensa Nacional, y los que prestan servicio en los puestos de vigilancia de unidades de frontera de la Amazonía, de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidas por cada Institución de las Fuerzas Armadas o

Policial.

15. Ingreso directo a las Escuelas Técnicas de las Instituciones de las Fuerzas Armadas, cumplido el primer periodo de renganche en su Institución, de acuerdo con el procedimiento que se establezca en el Reglamento de la presente Ley.
16. Acceso a una línea especial de crédito para el personal de tropa, la cual será creada por el Banco de la Nación.
17. Asistencia médica de salud en los Centros Hospitalarios del Ministerio de Salud, Seguro Social de Salud (ESSALUD) y en las Instituciones de las Fuerzas Armadas.
18. Apoyo de asistencia social.
19. Los demás derechos y beneficios establecidos en las normas pertinentes”.¹⁶

Consecuentemente, el ciudadano que voluntariamente decide ingresar a las Fuerzas Armadas, para cumplir el servicio militar, acepta también todas obligaciones que ello acarrea, entre los que se encuentra el de respetar el servicio militar que voluntariamente aceptó, y pasado la etapa de formación ya no puede retirarse o abandonar el mismo sin causa justificada, ya que, de hacerlo, incurre en una falta disciplinaria y también en el delito de Deserción, tipificado en el Código Penal Militar Policial.

VI. EL DELITO DE DESERCION EN EL ACTUAL CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL (CPMP)

El delito de Deserción está tipificado en nuestro país en el Decreto Legislativo N° 1094, “Código Penal Militar Policial” (CPMP), Título III, Capítulo II, artículo 105, 106 y 107.

El Art. 105 establece el delito base, con el texto siguiente:

Deserción. -

Incurre en deserción y será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, el militar o el policía que:

1. Sin autorización, y con ánimo de sustraerse definitivamente del servicio, abandone su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial donde se encuentre desempeñando funciones militares o policiales;
2. Hallándose de franco, con permiso o licencia no se presente a su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial al término del mismo. Si cumpliera con presentarse dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de su franco, permiso o licencia, el hecho será reprimido como falta administrativa disciplinaria;
3. No se presenta a su unidad, estando por emprender la marcha, zarpar el

16 Para un mejor análisis de la problemática y de la organización del servicio militar en nuestro país, se puede revisar: CHIABRA LEON Roberto, “La Seguridad Nacional en el siglo XXI” Ediciones Magna. Lima, mayo 2010. Pág. 407 y siguientes. Así también en la obra de Cristian Donayre M. “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 2018, Pág. 66 y siguientes.

buque o iniciar itinerario la aeronave a que pertenezca;

4. Enviado en comisión o por cualquier otro motivo, a lugar distinto de su unidad no se presente, sin causa justificada, a la autoridad o jefe ante quien fuese dirigido, o si después de cumplida su misión no regresa a su destino.

Si el agente es un militar o un policía con grado de técnico, suboficial u oficial de mar, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años, con la accesoria de inhabilitación.

Si el agente es un militar o un policía con grado de oficial, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años, con la accesoria de inhabilitación.

Como se observa, el tipo penal establece que son sujetos pasibles de cometer el delito de desertión el militar o el policía conforme al propio CPMP, que en el Art. 7 establece:

(...)

Se consideran militares o policías para este Código:

1. Los que de acuerdo con las leyes y reglamentos ostentan grado militar o policial y prestan servicio activo;
2. Los que forman parte de la reserva de los institutos de las Fuerzas Armadas, siempre que se encuentren en entrenamiento militar; y,
3. Los prisioneros de guerra en conflicto armado internacional.

Además, la propia Constitución Política del Estado, en el párrafo final del Art 173, señala que el Fuero Privativo Militar es

competente para conocer de quienes infringen las normas del servicio militar:

(...) “Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”.

De acuerdo a lo manifestado, el ciudadano que acepta ingresar de manera voluntaria en el servicio militar, es pasible de sanción penal en el supuesto de cometer desertión. Así lo establece el CPMP y la propia Constitución del Estado. Esto es así, no obstante que el servicio militar es voluntario, pero una vez que aceptan tomar las armas y luego del periodo de formación, se convierte en una obligación el de continuar en las Fuerzas Armadas hasta terminar el periodo establecido (dos años); para ello, el Estado destina recursos económicos, logísticos (uniformes, propinas, alimentos etc.) y personal (instructores, oficiales, técnicos, Sub oficiales etc.), para que el joven que abrazó el uniforme continúe en la Institución.

VII. BREVE APROXIMACIÓN AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE DESERCIÓN

En este delito, el bien jurídico protegido es el Servicio de Seguridad, toda vez que el tipo penal de desertión (Art. 105) está contemplado en el Título III del CPMP, “Delitos Contra el Servicio de Seguridad”, pero ¿Que entendemos por servicio?: “El servicio es el sistema de organización para el normal desenvolvimiento de las actividades de un Instituto Militar.

Por razón de servicio, a cada miembro de un cuerpo o establecimiento militar, se le impone la obligación de ejercer determinadas funciones o actividades

correspondientes al grado, cargo o empleo que desempeña.

La función del militar en el servicio, se efectúa cumpliendo los reglamentos y consignas e instruyendo y educando a sus subalternos. (...)

Todo jefe, oficial, clase o soldado, se halla obligado a cumplir fiel y celosamente lo que disponen los reglamentos y consignas. Para eso, el militar debe estar profundamente compenetrado de las disposiciones, a fin de no incurrir en errores y falsas interpretaciones. (...)

El servicio exige en quien lo cumpla, estas esenciales condiciones: puntualidad, orden, método y eficiencia.”¹⁷

Entendido así el servicio, representa una manifestación de la disciplina, toda vez que es el acatamiento a las normas, reglamentos y toda regla que tiene en sus obligaciones el militar, incluidas el personal de tropa. Este último, al asumir enrolarse al servicio militar y una vez que superó la fase de preparación, asume en toda su amplitud las normas que irroga estar en una institución castrense, entre las que se encuentra el no abandonar las filas de la institución sin causa justificada; ya sea huyendo de la instalación militar o no regresar al término de su permiso, tal como lo establece el Art. 105 del CPMP (Deserción).

Consecuentemente, el bien jurídico protegido será el “Servicio Militar”. Discrepamos con lo establecido en el CPMP, cuando ubica al delito de deserción en los tipos que afectan el “Servicio de Seguridad”.

Nos permitimos sugerir que una mejor tipificación del delito de deserción debe considerar que esta conducta afecta el “Servicio Militar”, por lo que proponemos el texto siguiente:

“El servicio Militar es el conjunto de actividades que ejecuta el personal de las Fuerzas Armadas en situación de actividad para el cumplimiento de la misión y funciones institucionales, de acuerdo a lo estipulado en la Constitución Política del Perú, las leyes y reglamentos.”

VIII. DESERCION AGRAVADA EN ENFRENTAMIENTO CONTRA GRUPO HOSTIL

Nuestro CPMP establece, en el Art. 106, la “Deserción Agravada”. Entre uno de los agravantes que contempla está lo indicado en el inciso 3, que a la letra dice:

Art. 106 Deserción Agravada”

(...)

3. Deserte durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario; (...)

En este inciso, llama la atención la denominación “durante enfrentamiento contra grupo hostil”. Analizaremos el significado de las palabras “enfrentamiento” y “grupo hostil”.

La Real Academia de la Lengua denomina “enfrentamiento” a la acción y efecto de enfrentar, vale decir, no hace falta que

17 MONZANTE RUBIO Hernán. Op. Cit., pág. 56 y 57.

se esté en la acción directa para denominar enfrentamiento, basta con la acción de enfrentar, siendo ello así, las Fuerzas Armadas y la Policía de nuestro país se encuentren en tres escenarios: (a) enfrentamiento contra grupo hostil (b) enfrentamiento en un conflicto armado internacional y (c) enfrentamiento frente a adversario, en cuyos casos las deserciones serán agravadas.

No hay inconveniente en saber cuándo estamos en el escenario de conflicto armado internacional, pero sí merece especial atención y desarrollo el saber cuándo estamos en enfrentamiento contra “grupo hostil” y con “adversario. Surge la pregunta: ¿qué es grupo hostil? ¿qué es adversario?, ¿a quién se le denomina adversario, cuándo se dan estos escenarios?

Para entender la denominación de grupo hostil tenemos que remontarnos al articulado del Decreto Legislativo N° 1095, **“Reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional”**. Este dispositivo legal, en el Art. 3, inciso f, establece lo siguiente:

“Art. 3 definición de términos (...) inciso f. **Grupo hostil.**- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización”.

Más adelante, en el Art. 4°, establece:

“Artículo 4.- Finalidad de la intervención de las Fuerzas Armadas

La intervención de las Fuerzas Armadas en defensa del Estado de Derecho y protección de la sociedad se realiza

dentro del territorio nacional con la finalidad de:

4.1 Hacer frente a un grupo hostil, conduciendo operaciones militares, previa declaración del Estado de Emergencia, cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno; o,

4.2 Proporcionar apoyo a la Policía Nacional, previa declaración del Estado de Emergencia, con la finalidad de restablecer el orden interno ante otras situaciones de violencia; o,

4.3 Prestar apoyo a la Policía Nacional, en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados cuando la capacidad de la Policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera”.

Apreciamos entonces que cuando las Fuerzas Armadas se encuentren en el escenario del Decreto Legislativo N° 1095: **“Hacer frente a un grupo hostil, conduciendo operaciones militares, previa declaración del Estado de Emergencia, cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”**, estaremos enfrentando a un grupo hostil.

En nuestro país, se viene ejecutando operaciones militares solo en el área geográfica del VRAEM, en treinta y tres (33) distritos que están todavía considerados en estado de emergencia, conforme a lo establecido en el Decreto Supremo N° 109-2020-PCM. Estos distritos se encuentran en las provincias de Huanta y La Mar (Ayacucho), Tayacaja y Churcampá (Huancavelica), La

Convención (Cusco), Satipo, Concepción y Huancayo (Junín).

Conforme a nuestra apreciación, en la actualidad, solo se puede cometer delito de desertión agravada en enfrentamiento contra grupo hostil en el VRAEM, específicamente en los 33 distritos señalados, correspondiendo la investigación a la Fiscalía Militar Policial del VRAEM.

Siguiendo nuestro análisis, cuando el Código Penal Militar Policial refiere que comete desertión agravada el militar o policía en las circunstancias de enfrentamiento contra “adversario”, entendemos que se está refiriendo al “adversario” como una categoría propia del Derecho Internacional Humanitario (DIH), específicamente al Conflicto Armado no Internacional (CANI), en donde se utiliza la palabra “adversario” para denotar que se trata del contrincante, contra quien luchamos, en contraposición del “prisionero de guerra”, que es una categoría propia de un Conflicto Armado Internacional (CAI).

Siendo así, el “adversario” es una categoría propia de enfrentamiento contra un “grupo hostil”. Precisamente, quienes forman parte del “grupo hostil”, son los adversarios. Consecuentemente, no es muy adecuada la redacción de nuestro Código Penal Militar Policial en este punto. Bastó con decir “enfrentamiento contra grupo Hostil” y no redundar con adversario, toda vez que puede prestarse a dudas como el de identificar, erróneamente a mi entender, como “adversarios” a cualquier agente que enfrente a las Fuerzas Armadas.

IX. DESERCIÓN DE PRISIONERO DE GUERRA

El Art. 107 del CPMP establece la desertión del prisionero de guerra, en los términos siguientes:

“Artículo 107.- Desertión de prisionero de guerra

El prisionero de guerra que, en tiempo de conflicto armado internacional, recobre su libertad y no se presente ante autoridad militar o a su unidad respectiva, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.”

La categoría de prisionero de guerra está bien utilizada, conforme a los lineamientos del Derecho Internacional Humanitario, pues solo puede existir prisionero de guerra en un conflicto donde dos o más Estados intervienen.

Sin embargo, a nuestro entender, existe un vacío en la redacción de este artículo, esto es el tiempo que tiene el prisionero de guerra para presentarse a la autoridad militar. El tipo penal de este delito no es completo, pues se dice que el prisionero de guerra se debe presentar a la autoridad militar cuando recobre su libertad. Véase que se refiere a una autoridad militar o su unidad militar. Más allá de esto, no señala un plazo para que dicho prisionero de guerra se presente a la autoridad.

Podría ser que en este supuesto deberíamos remitirnos al tipo base, que es la desertión contemplada en el art. 105 del CPMP, el cual establece que si el desertor no se presenta a su unidad dentro de los ochos días de ausencia, comete el delito de desertión; sin embargo, consideramos que dada la gravedad de la situación (conflicto armado internacional), sería conveniente que se agregue en este artículo un plazo razonable, dentro del cual el prisionero de guerra que recobra su libertad pueda presentarse a la autoridad o a su unidad.

X. DIFICULTADES PROCESALES EN LA INVESTIGACION DEL DELITO DE DESERCIÓN

En la investigación del delito de deserción encontramos algunos inconvenientes, que van desde la perspectiva del sujeto investigado hasta el trámite procesal; consideramos que estas dificultades se resumen en los siguientes aspectos:

- Ausencia permanente del investigado, en razón de que, al cometer el delito de deserción, se desconoce su paradero y en la mayoría de casos no se ponen a derecho. Es insuficiente la labor de la Policía Nacional en el cumplimiento de las órdenes de captura.
- Dificultad en la notificación al investigado, particularmente en la zona del VRAEM, por lo accidentado de la geografía, el estado de emergencia permanente por la lucha contra el terrorismo y la convulsión e inseguridad que tal situación genera.
- La ausencia permanente del investigado que no se pone a derecho, generando que en la mayoría de las investigaciones terminen prescritas.
- En el ámbito del VRAEM existe dificultad en la tramitación de las investigaciones, por la carencia de un juez militar policial permanente.

Deysi Melissa Rojas Paz¹

MANUAL DIDACTICO PARA ENTENDER EL PROCESO DE DESERCIÓN

SUMARIO: I. GENERALIDADES; II. EL DELITO DE DESERCIÓN EN LA NORMATIVA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL; III. EL TRATAMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO DE LA DESERCIÓN EN LAS FFAA; IV. ¿CÓMO SE TRAMITA EL DELITO DESERCIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL?; V. EJECUCIÓN DE LA PENA; VI. LA CONDUCCIÓN COMPULSIVA DEL DESERTOR Y VII. LA REPARACIÓN CIVIL DERIVADA DEL PROCESO DE DESERCIÓN

RESUMEN

La autora hace un recorrido por las normas administrativas que se aplican a los integrantes de las Fuerzas Armadas cuando cometen ausentismo, al abandonar sus dependencias militares sin autorización o no retornar a ellas luego de permisos concedidos, en el plazo de ocho días. Esta conducta se tipifica penalmente como delito de Deserción, que es juzgado en el Fuero Militar Policial, bajo los términos del Código Penal Militar Policial, cuyos procedimientos explica la autora.

ABSTRACT

The author reviews the administrative rules that apply to members of the Armed Forces when they commit absenteeism, by leaving their military facilities without authorization or not returning to them after permissions have been granted, within eight days. This conduct is criminally classified

1 Oficial del Ejército, abogada por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

as a Desertion crime, which is judged in the Military Police Jurisdiction, under the terms of the Police Military Criminal Code, whose procedures the author explains.

I. GENERALIDADES

El Fuero Militar Policial es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial, que se halla fuera del Poder Judicial por mandato expreso del artículo 139, inciso 1, de la Constitución Política, que señala: “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”. Su función central es la administración de justicia penal militar policial, en el ámbito establecido por la Ley.

II. EL DELITO DE DESERCIÓN EN LA NORMATIVA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL (CPMP)

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.²

El Título III, referido a los delitos Contra el Servicio de Seguridad, en el Capítulo I, artículo 105º, delito de Deserción, señala que “Incurrir en deserción y será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, el militar o el policía que:

1. Sin autorización, y con ánimo de sustraerse definitivamente del servicio, abandone su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial donde se encuentre desempeñando funciones militares o policiales.
2. Hallándose de franco, con permiso o licencia no se presenta a su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial al término del mismo, Si cumpliera con presentarse dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de su franco, permiso o licencia, el hecho será reprimido como falta administrativa disciplinaria.
3. No se presenta a su Unidad, estando por emprender marcha, zarpar el buque o iniciar itinerario la aeronave a que pertenezca.
4. Enviado en comisión o por cualquier otro motivo, a lugar distinto de su unidad no se presente, sin causa justificada, a la autoridad o jefe ante quien fuese dirigido, o si después de cumplida su misión no regresa a su destino. Si el agente es un militar o un policía con el grado de técnico, suboficial u oficial de mar, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años con la accesoria de inhabilitación. Si el agente es un militar o un policía con el grado de oficial, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años con la accesoria de inhabilitación.

² Artículo II del Título Preliminar del CPMP.

III. EL TRATAMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO DE LA DESERCIÓN EN LAS FFAA

Varias disposiciones de carácter administrativo existen para regular la deserción en las Fuerzas Armadas:

III.1. Ley N° 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, modificada por el Decreto Legislativo N° 1145.

Esta Ley tiene por objeto el fortalecimiento de la disciplina, la prevención de las infracciones de carácter disciplinario en que pudiera incurrir el personal militar, la regulación de las infracciones y sanciones, sustentadas en la disciplina, la obediencia, el orden, los deberes, la jerarquía y subordinación, la capacidad operativa y logística, la ética, el honor, el espíritu militar y el decoro, con sujeción al ordenamiento constitucional, las leyes y reglamentos. Esta norma establece una serie de medidas disciplinarias para quienes desertan, sean estos oficiales, supervisores, técnicos, oficiales de mar, clases, soldados o sus equivalentes.

Más precisamente, esta norma regula, también, el AUSENTISMO, en su anexo III.7. El ausentismo, conceptualmente, se refiere al alejamiento o abandono del personal militar de su centro de labores o lugar donde presta servicios, sin contar con la autorización correspondiente, sea esta con una orden de comisión de servicios, papeleta de permiso o vacaciones; para

tal efecto, deben transcurrir más de ocho días. Implica ello que el sujeto se sustrae de su responsabilidad de concurrir o volver a su centro laboral, por lo cual se elabora el parte respectivo, siendo remitido a la Inspectoría del nivel correspondiente, donde, previo proceso administrativo disciplinario, se recomendará la baja del servicio del personal infractor, sin perjuicio de que este hecho sea comunicado a la fiscalía militar policial respectiva, a fin de que actúe de acuerdo a sus atribuciones, en vista de que este hecho constituye el delito de deserción. Administrativamente, el ausentismo se sanciona con el pase al retiro, baja del servicio o resolución del contrato en el caso del personal asimilado y reenganchado.

III.2. Ley N° 29248 - Ley del Servicio Militar

La presente Ley tiene por objeto regular el Servicio Militar Voluntario, su organización, alcances, modalidades, procedimientos y su relación con la movilización, de conformidad con la Constitución Política del Perú y los Convenios Internacionales de los cuales el Perú es parte³.

El Servicio Militar es una actividad de carácter personal. Mediante ella, todo peruano puede ejercer su derecho y deber constitucional de participar en la Defensa Nacional. Es prestado por varones y mujeres sin discriminación alguna, a partir de los dieciocho (18) años de edad.⁴

3 Artículo 1° CPMP.

4 Artículo 2° CPMP.

Sobre el Reenganche del personal, dicha normativa señala que el personal que, habiendo cumplido su tiempo de Servicio en el Activo, solicita continuar en él, puede ser aceptado en calidad de reenganchado. Dicha aceptación se hace manifiesta mediante contrato por períodos sucesivos de dos (2) años.

Se puede solicitar la cancelación del contrato pasado un período de tres (3) meses, en las condiciones y con los requisitos que determine cada Institución de las Fuerzas Armadas.

III.2.1 Ley N° 29248 - Ley del Servicio Militar y el Código Penal Militar

La misma ley, en su artículo 80°, precisa que el personal militar que efectúe reclutamiento forzoso, incurra en DESERCIÓN o infidencia será sancionado con la pena establecida en el Código Penal Militar Policial; asimismo, en el artículo 81° se establece la denuncia ante los Tribunales Militares Policiales, indicando que las infracciones a la presente Ley, previstas como delitos en el Código Penal Militar Policial, serán denunciadas ante los Tribunales Militares Policiales, considerándose circunstancia agravante si se cometen en situaciones de conflicto o en caso de movilización.

III.2.2. Contrato de Reenganche

Asimismo, en los contratos de Reenganche formulados por el Ejército del Perú, se consigna una cláusula referente a que durante el servicio estará sujeto al Código Penal Militar Policial, a las leyes, reglamentos militares y disposiciones de la Comandancia General del Ejército.

En tal sentido, resulta clara la diferenciación que se hace en el ámbito

administrativo y penal respecto del personal Reenganchado, el mismo que obviamente es objeto de denuncia penal por el delito de DESERCIÓN, a diferencia de lo que algunos operadores de justicia de algunos Tribunales del Fuero Militar Policial argumentan, erróneamente.

III.3. RE 607-300, Reglamento Básico del Sistema de Reenganche en el Ejército.

Este reglamento previene, entre otras situaciones, que la cancelación del contrato de reenganche procede por medida disciplinaria, cuando se haya impuesto al reenganchado, por sentencia judicial consentida o ejecutoriada, pena privativa de la libertad; igualmente, por faltas graves o cuando la conducta afecte gravemente el honor y decoro militar, independientemente de la sanción penal que le correspondiere, si el hecho que se le imputa está previsto como delito por la ley. En cuanto al abandono del servicio en que pudiera incurrir, se le aplicará las reglas dispuestas para el ausentismo en la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y, naturalmente, el Código Penal Militar Policial tratándose de la deserción.

IV. ¿CÓMO SE TRAMITA EL DELITO DESERCIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL?

IV.1. El Proceso Abreviado en el Código Penal Militar Policial Peruano.

El “Manual de Actuaciones Fiscales y Formatos Técnicos del Fiscal Militar Policial” (2014), publicado por la Biblioteca Jurídica del Fuero Militar Policial, conceptualiza al proceso abreviado como uno especial, ubicado dentro de los mecanismos

de simplificación procesal, que responde a una solución rápida y justa a las controversias penales. La finalidad de este proceso es evitar la continuación de la investigación preparatoria y su posterior juzgamiento; tiene como beneficios:

- Descongestiona la carga procesal, optimiza el trabajo y dirige el foco a los delitos más graves.
- Sustraer al imputado de un proceso penal gravoso y aflictivo.
- Favorece a la parte agraviada del delito, en razón de que sus expectativas reparatorias se verán satisfechas rápidamente.

IV.2. Clases de Procedimientos Abreviados

a) En la etapa Preparatoria

a).1. Con Acuerdo Pleno.

El procedimiento con “Acuerdo Pleno” se inicia generalmente a petición del imputado, durante la investigación preparatoria, hasta antes de que el fiscal militar policial formule acusación. También puede ser sugerido al imputado por dicho fiscal. Los requisitos son:

- Que exista una investigación preparatoria.
- Que el imputado admita el hecho que se le atribuye
- Que el imputado consienta la aplicación del proceso abreviado.
- Que el fiscal y el actor civil muestren su conformidad.
- Que la pena acordada no supere los tres años de pena privativa de libertad.

- Que por lo menos uno de los coimputados, si los hubiera, esté de acuerdo.
- Que se realice con la participación del abogado defensor del imputado. Trámite y resolución del procedimiento abreviado.
- Se solicita de manera conjunta por las partes, acreditándose el cumplimiento de los requisitos de Ley.
- Se cita a una audiencia para:
 - a) Controlar la validez del consentimiento del imputado y su conocimiento sobre los alcances del proceso abreviado.

b) Escuchar al actor civil, cuya opinión no es vinculante.

c) Escuchar fundamentaciones de las partes

d) Dictar la resolución que corresponda. Absolver si se da una calificación jurídica distinta a los hechos; o, condenar, en cuyo caso la pena no superará a la pena acordada; sin embargo, podrá imponer una menor u otra.

a).1.1 Normativa del Código Penal Militar Policial al respecto

“Artículo 422.- Admisibilidad

Durante la etapa preparatoria se podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando:

1. El imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento.
2. El fiscal y el actor civil manifiesten su conformidad.

3. La pena acordada no supere los tres años de pena privativa de libertad.

4. La existencia de co-imputado no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.”

“Artículo 423.- Trámite y resolución

Las partes solicitarán en conjunto la aplicación del procedimiento abreviado y acreditarán en la audiencia el cumplimiento de los requisitos de ley. El juez militar policial citará para la audiencia a las partes. Controlará la validez del consentimiento del imputado y su pleno conocimiento de los alcances de la omisión del juicio oral. Escuchará al actor civil, cuyas razones serán atendidas por el juez, pero su opinión no será vinculante. En la audiencia, el juez requerirá que las partes fundamenten sus pretensiones y dictará la resolución que corresponda. Podrá absolver al imputado si diera al hecho una distinta calificación jurídica. Si condena, la pena que imponga no podrá superar la acordada por las partes, sin perjuicio de la aplicación de una menor o de otra pena. La sentencia contendrá los requisitos previstos en este Código, aunque de modo sucinto”.

“Artículo 424.- Inadmisibilidad

Cuando el juez estime que el acuerdo no cumple con los requisitos legales, emplazará al fiscal militar policial para que continúe el

procedimiento conforme al trámite común. La admisión de los hechos por parte del imputado no podrá ser considerada como reconocimiento de culpabilidad”.

b) En la etapa intermedia

b.1 Con Acuerdo parcial.

El acuerdo parcial se realiza en la **audiencia de control de acusación**. Podrá tratar sobre los hechos y solicitar juicio sobre la culpabilidad y la pena.

- La petición se elevará a la Sala o al Tribunal Superior Militar Policial, según corresponda.
- La petición describirá el hecho acordado y el ofrecimiento de pruebas para su determinación y las pruebas pertinentes para la aplicación de la pena.
- La Sala o el Tribunal Superior Militar Policial, Convoca a las partes a una audiencia.

La sentencia puede ser condenatoria, en cuyo caso la pena no superará la acordada por las partes; sin embargo, debe tenerse en cuenta que con respecto al acuerdo de la pena se puede declarar DESAPROBADA, si esta no se encontrara dentro del alcance del acuerdo plenario 05-2008/CJ/116, de 18 Julio 2008, en tal sentido, el juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada, la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal. Como se sabe, el método de reducción de la

pena, en el caso de terminación anticipada,⁵ constituye un último paso en la individualización de la misma. En efecto, fijada la pena con arreglo a los artículos 45° y 46° del Código Penal, luego de haber determinado el marco penal abstracto o pena abstracta, a continuación, se establecerá el marco penal concreto como consecuencia de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y concurso de delitos, la cual debe ser identificada en la sentencia conformada, correspondiendo, como última operación, disminuirla en un sexto. El Tribunal debe ser muy claro en diferenciar los dos momentos finales: la pena que correspondería sin la reducción por acogerse a la terminación

anticipada, y, luego, la pena resultante de aplicar la reducción del sexto de la misma. Empero, según lo expuesto en el primer párrafo, en los supuestos de conformidad procesal la reducción no puede ser de un sexto. Necesariamente ha de tratarse de un porcentaje menor. Así las cosas, podrá graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal.

Por ello resulta importante diferenciar los dos estadios de los procesos especiales regulados en los artículos 468° y 372° del CPP, según el siguiente detalle:

• Terminación anticipada	• Conclusión anticipada
<ul style="list-style-type: none"> - Es un proceso especial. - Se tramita en la investigación preparatoria formalizada. - Si uno de ellos se acoge pero perjudica la investigación o si hay acumulación necesaria no es procedente. - La audiencia siempre es privada. - Beneficio de la pena con una reducción de hasta el sexto de la pena. 	<ul style="list-style-type: none"> - Es un juicio oral especial. - Se tramita en el juzgamiento. - Si uno de ellos desea acogerse, lo puede hacer sin ningún inconveniente, en cuyo caso sobre los otros sigue su trámite con la actuación probatoria. - La audiencia puede ser pública o privada, según el caso. - Beneficio de la reducción de la pena hasta el séptimo de la pena.
<ul style="list-style-type: none"> • Absolutoria, cuando se da una calificación jurídica distinta a los hechos. 	

5 Artículo 471° CPMP.

b.1.1 Normativa CPMP

“Artículo 425.- Admisibilidad

En la audiencia de control de acusación, las partes podrán acordar exclusivamente sobre los hechos y solicitar un juicio sobre la culpabilidad y la pena. Esta petición se elevará directamente a la Sala o al Tribunal Superior Militar Policial, según corresponda, y contendrá la descripción del hecho acordado y el ofrecimiento de prueba para su determinación, así como las pruebas que las partes consideren pertinentes para la determinación de la pena”.

“Artículo 426.- Trámite

La Sala o el Tribunal Superior Militar Policial convocarán a las partes a una audiencia para comprobar el cumplimiento de los requisitos formales, debatir sobre la calificación y aceptar o rechazar la prueba. Rigen las disposiciones referidas a la audiencia del proceso abreviado por acuerdo pleno, las normas del juicio común y de la sentencia”.

c) En la etapa de Juicio Oral

El inciso segundo del artículo 372° del Código Procesal Penal, aplicable por remisión al artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, permite arribar a la conclusión anticipada del Juicio Oral, si el acusado admite ser autor o participe del delito

materia de acusación; salvaguardando el derecho a la defensa del acusado y teniendo en cuenta el principio de no autoincriminación⁶. En este caso, el Colegiado deberá preguntar al acusado si admite ser autor del delito materia de acusación; ante lo cual, previa conferencia con su abogado defensor, al aceptar los cargos por el delito que se le imputa; el Colegiado declarará concluido el juicio. En cuanto a la pena, a su turno las partes deberán oralizar el acuerdo.

La Conclusión anticipada, es un acto procesal puro de doble garantía por el cual el imputado, en forma personalísima, mediante declaración expresa voluntaria, libre, espontánea y con el asesoramiento de un Abogado Defensor, renuncia a la presunción de inocencia y exonera de la carga de la prueba de probanza de su culpabilidad en un Juicio Contradictorio y Público, generando una sentencia anticipada con los efectos de la cosa juzgada.

En esta etapa es importante tener presente también lo señalado en el Acuerdo Plenario 05-2008/CJ/116, de 18 Julio 2008.

V. EJECUCIÓN DE LA PENA

Las sentencias condenatorias sólo podrán ser ejecutadas cuando tengan el carácter de cosa juzgada⁷. Una vez emitida la sentencia, que, para los delitos de Deserción son suspendidas en su ejecución⁸, se ejecutará bajo el estricto control del juez militar

6 Artículo 199° del CPMP.

7 Artículo 464 del CPMP.

8 Artículo 57° del CP, aplicable por remisión del artículo XV del Título Preliminar del CPMP.

policial encargado de la ejecución (juzgado de origen), quien verificará el cumplimiento de la sentencia, el régimen penitenciario, así como las condiciones de detención. El Código prevé que control de las condiciones de detención y el régimen penitenciario del procesado estará a cargo del juez militar policial.⁹ La pena privativa de libertad suspendida está sujeta a las reglas de conducta previstas en el artículo 58° del Código Penal, aplicable por remisión al artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar, bajo apercibimiento de revocarse la condicionalidad de la pena en caso de incumplimiento de las reglas de conducta, de conformidad al artículo 59° del citado Código.

VI. LA CONDUCCIÓN COMPULSIVA DEL DESERTOR

La medida de conducción compulsiva es trasladar inmediatamente a la persona, por la policía, de un determinado lugar al despacho del magistrado que solicitó su presencia; y, de ofrecer resistencia, la policía actuará en base a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, debiendo estos ser puestos en práctica con racionalidad, en la medida que lo requiera el desempeño de sus funciones.¹⁰ El artículo 206°, inciso 3, del CPMP, establece que el auto que declara la contumacia o la ausencia ordenará la conducción compulsiva del imputado.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo señalado por el artículo 2°, inciso 24, literal

f), de la Carta Magna, en cuanto al plazo máximo de 48 horas o el término de la distancia, para poner al detenido a disposición del juzgado correspondiente.

VII. LA REPARACIÓN CIVIL DERIVADA DEL PROCESO DE DESERCIÓN

El artículo 174° del CPMP señala que los intereses del Estado son representados por las Procuradurías Públicas, concordando con lo dispuesto en el artículo 47° de la Constitución Política y el artículo 225° del CPMP, el cual señala que el Estado podrá constituirse en actor civil, a través de sus Procuradurías Públicas. Asimismo, el artículo 217° del referido Código establece:

1. Se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias de este. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la Ley designe
2. En los delitos cuyo resultado sea la muerte del agraviado, tendrán tal condición los herederos legales.

El artículo 218° del CPMP precisa también los derechos que tiene la parte agraviada dentro del proceso judicial:

1. A recibir un trato digno y respetuoso y que se hagan mínimas las molestias derivadas del procedimiento;
2. A que se respete su intimidad en la medida en que no obstruya la investigación;

9 Artículo 461 del CPMP.

10 La Conducción Compulsiva en el Nuevo Código Penal Militar Policial en Concordancia con el Código Procesal Penal 2004- Gral. CJ PNP (R) ANTONIO ARMANDO CHACON FLORES.

3. A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes;
4. A ser informado sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento;
5. A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como el resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite expresamente;
6. A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite expresamente;
7. A aportar información durante la investigación;
8. A requerir la revisión de la desestimación o archivo dispuesto por el fiscal, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento como actor civil;
9. A impugnar el sobreseimiento y la sentencia en los casos autorizados, aun cuando no sea actor civil y siempre que haya solicitado ejercer este derecho; y
10. A ser notificado de las resoluciones que pueda impugnar o requerir su revisión.

Igualmente, el artículo 220° CPMP señala que sólo el titular deberá ejercer este derecho de constitución en actor civil, la misma que deberá realizarse durante la etapa de investigación preparatoria, según lo dispuesto en el artículo 222° del mismo cuerpo legal.

■ BIOGRAFÍA

Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo¹

BIOGRAFÍA DEL GENERAL DE BRIGADA ANTONIO BEINGOLEA BALAREZO²

El general de brigada Antonio Beingolea Balarezo nació en Lima, el 9 de mayo de 1881. Fue hijo del general Manuel Beingolea Oyague³ y de Dolores Balarezo. Su hermano Manuel fue escritor y periodista destacado, autor de la novela corta “Bajo las lilas” (1923) y de una recopilación de cuentos que se publicó en 1933, bajo el título de “Cuentos Pretéritos”, que según los entendidos sentó precedentes en la cuentística nacional.

1 Editor de la revista.

2 Esta biografía ha sido tomada de: BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt. La Justicia Militar en la Historia del Perú, tercera parte: Desde 1926 hasta 1950, Fuero Militar Policial, Lima, febrero de 2019, páginas 448 a 451.

3 Se incorporó al ejército en 1833. Apoyó el pronunciamiento del general Felipe Santiago Salaverry el 22 de febrero de 1835. Durante la guerra con Bolivia, en tiempos de Andrés de Santa Cruz Calahumana y la Confederación Perú – boliviana, peleó en las batallas de Yanacocha (1835), Uchumayo y Socabaya (1836). Durante la segunda expedición restauradora participó en las batallas de Portada de Guías (1838) y Yungay (1839). En la guerra contra Bolivia, estuvo en la batalla de Ingavi (1841), donde recibió tres heridas de bayoneta. Durante la anarquía militar, secundando al general Francisco Vidal, participó en la batalla de Agua Santa, el 17 de octubre de 1842, siendo ascendido a sargento mayor. Estuvo en la batalla de La Palma, el 5 de enero de 1855, peleando bajo la bandera de Ramón Castilla, siendo ascendido a coronel. Durante la guerra civil de 1856-1858, mantuvo su lealtad a Castilla y estuvo en la defensa del Callao, sitiada por las fuerzas de Manuel Ignacio de Vivanco. Después participó con éxito en el asalto de Arequipa, acción por la que ascendió a general de brigada (7 de marzo de 1858). En la guerra contra el Ecuador de 1858-1860, fue comandante general de las fuerzas de tierra y participó en la ocupación de Guayaquil. Estuvo en el combate naval del Callao, el 2 de mayo de 1866, contra la Escuadra Española. Fue prefecto de varios departamentos. Murió el 20 de octubre de 1896. (TAURO DEL PINO, Alberto. Enciclopedia Ilustrada del Perú, PEISA, tomo 3, 2001, Pág. 333).

El general Beingolea ingresó al ejército el 14 de setiembre de 1894,⁴ como alumno de la Escuela Militar de Guadalupe, y se graduó como alférez de artillería el 19 de marzo de 1895; ascendió al grado de teniente el 2 de enero de 1899; a capitán, el 27 de julio de 1906; a mayor, el 1° de febrero de 1911; al grado de teniente coronel, el 1° de febrero de 1915; a coronel, el 3 de febrero de 1931 y a general de brigada, el 7 de junio de 1936.

En cuanto a los servicios que prestó, entre 1898 y 1899, con el grado de alférez, estuvo en la Escuela de Aplicación (Escuela Militar de Chorrillos). Con el grado de teniente, sirvió en el Regimiento de Montaña, entre 1901 y 1903. En 1904, en la Escuela Superior de Guerra del Ejército y, al año siguiente, en el Regimiento Artillería de Montaña. En 1906 sirvió en un Grupo de Campaña y entre 1907 y 1910, en el Servicio Topográfico. En un libro publicado sobre la Historia del Instituto Geográfico Nacional, se dice sobre Beingolea Balarezo que “En 1906, cuando ostentaba el grado de teniente (su legajo personal indica que ostentaba el grado de capitán), fue destinado al Servicio Topográfico del Ejército, ascendiendo a capitán un año después. Participó en los levantamientos topográficos en la frontera del Perú con Ecuador, en 1909; y, por la calidad de su trabajo, fue felicitado por el ministro de Guerra Juan Norberto Eléspuru. En 1911, asciende a mayor y continúa laborando en el Servicio Topográfico. Participó en las comisiones topográficas de los departamentos de Puno, Moquegua y Tacna.”⁵

En 1914, con el grado de mayor, fue primer jefe del Grupo de Artillería N° 1. En 1915, fue primer jefe del Grupo de Artillería de Campaña y entre 1916 y 1918 primer jefe del Grupo de Artillería de Montaña N° 2, en ambas unidades con el grado de teniente coronel. No hay información en su legajo personal sobre las unidades en las que prestó servicios entre 1919 y 1929.⁶

4 Esta información aparece en el Escalafón General del Ejército de 1939, Ira parte – actividad, Imprenta y librería del Ministerio de Guerra.

5 INSTITUTO GEOGRÁFICO NACIONAL. Historia del Instituto Geográfico Nacional, primera edición, Lance Gráfico S.A.C., páginas 93 y 94. La versión digitalizada se encuentra en: http://www.ign.gob.pe/wp-content/themes/pinboard/descargas/LIBROIGN/LIBRO_IGN.Pdf.

6 Las referencias sobre los servicios prestados por el general Beingolea se hallan en su legajo personal, caja B- 1 (B-05), del Archivo Central del Ejército.

El 24 de noviembre de 1930, durante el gobierno de la Junta Militar presidida por Luis Miguel Sánchez Cerro y tras la renuncia del primer ministro y ministro de Gobierno Gustavo Jiménez Saldías, Beingolea Balarezo, entonces teniente coronel, relevó en esos cargos al renunciante. En su tiempo, el diario “La Prensa” fue devuelto a la familia Durand, sus antiguos dueños; se inició la persecución contra los integrantes del APRA, considerados extremistas y se impidió el retorno de su líder Víctor Raúl Haya de la Torre. Tras la renuncia de Sánchez Cerro al gobierno, dejó esos cargos el 1 de marzo de 1931. Ascendió al grado de coronel, mediante Decreto- Ley N° 7010, promulgado el 3 de febrero de 1931. Durante el año de 1931 fue designado en varios cargos: comandante general de la IV División; jefe de la segunda sección del Estado Mayor General del Ejército, el 19 de setiembre; comandante general de la 1ra División, el 18 de octubre. Posteriormente fue designado jefe del Servicio Geográfico e Inspector General del Ejército, el 23 de febrero de 1932.

En el gobierno constitucional de Sánchez Cerro, fue nombrado ministro de Guerra, el 30 de mayo de 1932, en reemplazo del coronel Manuel E. Rodríguez, cargo en el que permaneció incluso después del asesinato de Sánchez Cerro (30 de abril de 1933), hasta el 21 de mayo de 1933, ya durante el gobierno del general Benavides. El 30 de junio de 1933 fue nuevamente designado Inspector General del Ejército.

El 7 de junio de 1936 ascendió a general de brigada, fecha en la que fue promulgada la Resolución Legislativa N° 8303, de 3 de junio de dicho año, con la que se le confirió ese grado, siendo nombrado nuevamente Inspector General del Ejército. El 29 de febrero de 1940 fue designado vocal del Consejo de Oficiales Generales, presidiéndolo entre el 5 de mayo de 1941 y el 9 de mayo de 1945, fecha en que pasó a la situación de retiro, permaneciendo en el Consejo 5 años, 2 meses y 10 días. Murió en 1950. Estuvo casado, desde 1911, con doña María Peña.



GENERAL DE BRIGADA ANTONIO BEINGOLEA BALAREZO

Presidente del Consejo de Oficiales Generales entre 5 de mayo de 1941 y el 9 de mayo de 1945.

Retrato ubicado en la galería de presidentes del Fuero Militar Policial.

(Fotografía tomada por el autor del artículo)

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en el año 2022
en Editorial Agüero E.I.R.L., Jr. Las Toronjas 309,
Urb. El Naranjal, Independencia, Lima.



“Este emblema represente el honor, el valor, la honestidad y el respeto. Quien lo lleva, jamás traiciona estos principios. Quien lo ve, siente admiración y confianza. Porque es el emblema del Soldado del Perú.”

Fuero Militar Policial
Av. República de Chile 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

