

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**  
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS  
PENALES



**TESIS**

**“EFECTOS DE LA LEY DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE  
LAS FUERZAS ARMADAS FRENTE A LA PRIVACIÓN DE  
LA LIBERTAD EN LA 3ERA BRIGADA DE CABALLERÍA DE  
TACNA – 2013 - 2014”.**

**MAESTRISTA: ABOG. NELSON S. RAMOS  
MAMANI**

**TACNA – PERÚ  
2015**

**AGRADECIMIENTO:**

Gracias a mi Esposa, mi hija Micaela y mi Madre, junto a quienes todo es posible.

**DEDICATORIA:**

Dedicada a mi familia, quienes con su amor y tolerancia, me acompañaron en este largo y anheloso camino, ayudándome en la elaboración de la presente tesis.

## RESUMEN

Esta tesis tiene como objetivo principal conocer las implicancias que tiene la privación de la Libertad frente a la ejecución de la imposición de la una infracción administrativa, contenida en la Ley Régimen Disciplinario de las FFAA.

De acuerdo a la metodología empleada, se catalogó como Descriptiva y Explicativa, bajo la modalidad de (proyecto factible), siendo su diseño de campo, no experimental Descriptivo Explicativo (ex post facto).

La población estuvo constituida por los expedientes administrativos disciplinarios del personal de Oficiales y Técnicos y Sub Oficiales de la 3ª Brigada de Caballería de Tacna de los años 2013 y 2014.

Además se aplicaron como instrumentos de medición el cuestionario y la ficha de observación con preguntas cerradas, con dos alternativas de respuestas, a 92 expedientes y efectivos militares, con los resultados de los mismos se comprobaron la hipótesis de estudio.

Que los resultados de la encuesta fueron examinados mediante estadística descriptiva, analizando las respuestas obtenidas.

Conforme a los resultados, puede afirmarse que en la 3era Brigada de Caballería de Tacna, la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA, tiene un efecto significativo en la privación de libertad.

## **ABSTRACT**

This thesis has as main objective to know the implications that deprivation of liberty against the execution of the imposition of an administrative offense, contained in the Disciplinary Rules of the Armed Forces Act.

According to the methodology used, it was classified as descriptive and explanatory, in the form of (feasible project), and its design field, no experimental Description Explanatory (ex post facto).

The population consisted of Officers disciplinary administrative personnel records Officers and Technical Sub 3rd Cavalry Brigade Tacna the years 2013 and 2014.

Also applied as measuring instruments questionnaire and observation sheet with closed questions with two alternative answers to 92 records and military personnel, with the results of the same study hypothesis was checked.

The results of the survey were examined using descriptive statistics, analyzing the responses.

According to the results, it can be said that in the 3rd Cavalry Brigade Tacna, Law Disciplinary Regime of the Armed Forces, has a significant effect on the deprivation of liberty.

## ÍNDICE

Agradecimientos	
Dedicatoria	
Resumen	
Abstract	
	<b>Pág.</b>
Introducción	1

### **CAPÍTULO I EL PROBLEMA**

1.1 Planteamiento del Problema	3
1.2 Formulación del Problema	5
1.2.1 Problema General	5
1.2.2 Problemas Específicos	5
1.3 Fundamentación de la investigación	5
1.4 Objetivos de la Investigación	7
1.5 Antecedentes de la Investigación	9

### **CAPÍTULO II FUNDAMENTO TEÓRICO**

2.1 Sanciones Administrativa Disciplinarias	10
2.1.1 Antecedentes de la Sanciones Administrativas Disciplinarias.	10
2.1.2 Concepto de Sanciones Administrativas Disciplinarias	11
2.1.3 Principio de Legalidad en Materia Sancionadora.	13
2.1.4 Tipos de Sanciones Administrativas Disciplinarias en el Sector Público	15
2.1.5.- La Sanción Administrativa Disciplinaria como Acto Administrativo	30
2.1.6 La Disciplina y los Reglamentos Militares	32

2.1.6.1 Concepto de Disciplina	32
2.1.6.2 Disciplina en las Fuerzas Armadas	33
2.1.6.3 Efectos de la Disciplina frente a los Derechos	34
2.1.6.4 Jurisprudencia de la Disciplina.	35
2.1.6.5 Jurisprudencia respecto a la Igualdad	36
2.1.6.7 Experiencias de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú frente a las Sanciones Disciplinarias	39
2.1.6.8 La Disciplina Judicial	66
2.1.6.9 Origen de los Reglamentos Militares.	67
2.1.6.10 Naturaleza Jurídica de los Reglamentos.	68
2.1.6.11 Principios no aplicables a los Reglamentos Militares	68
2.1.6.12 Amparo Normativo, Aprobación, Vigencia, Responsabilidad de los Reglamentos Militares.	72
2.1.6.13 Incompatibilidad de las normas administrativas respecto a la Constitución.	73
2.2 La privación de la Libertad Personal	75
2.2.1.- La Libertad Personal.	75
2.2.2.- Libertad personal, detención ilegal y detención arbitraria	77
2.2.3.- Concepto de Libertad.	80
2.2.4.- Violación de la Libertad Personal.	83
2.2.5.- Concepto de Persona	85
2.2.6.- Nexos entre Libertad e igualdad	86
2.2.7.- Jurisprudencia Nacional.	87
2.2.8.- Legislación Comparada.	96
2.2.9.- La Detención.	101
2.2.10.- Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas	123

### **CAPÍTULO III METODOLOGIA**

3.1	Formulación de Hipótesis	126
3.1.1.	Hipótesis Principal	126
3.1.2.	Hipótesis Específicas	126
3.2	Variables	126
3.2.1	Identificación de la Variable Independiente	126
3.2.2	Identificación de la Variable dependiente	126
3.3	Indicadores y escala de medición	126
3.3.1	Indicadores de la variable independiente	126
3.3.1.1	Escala de Medición	127
3.4	Tipo y Diseño de Investigación	127
3.5	Diseño de Investigación	128
3.6	Métodos	128
3.7	Ámbito y Tiempo Social de la Investigación	128
3.8	Unidades de Estudio	128
3.9	Técnicas e Instrumentos de Recolección de los datos	130

### **CAPÍTULO IV RESULTADOS Y COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS**

4.1	Descripción del Trabajo de Campo	133
4.2	Resultados de la Ficha de observación aplicada	134
4.3	Resultado del Cuestionario	149

### **CAPITULO V VERIFICACIÓN Y/O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

5.1.	Verificación y/o contrastación de hipótesis	155
5.2.	Verificación de la primera hipótesis específica	155
5.3.	Verificación de la segunda hipótesis específica	155



5.4 Verificación de la hipótesis general	156
CONCLUSIONES	158
SUGERENCIAS	160
PROPUESTA LEGISLATIVA	162
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	163
ANEXOS	
MATRIZ DE CONSISTENCIA	

## ÍNDICE DE TABLAS

TABLA N° 01: Resultado del Ítem N°01 de la Ficha de Observación	134
TABLA N° 02: Resultado del Ítem N°02 de la Ficha de Observación	135
TABLA N° 03: Resultado del Ítem N°03 de la Ficha de Observación	136
TABLA N° 04: Resultado del Ítem N°04 de la Ficha de Observación	137
TABLA N° 05: Resultado del Ítem N°05 de la Ficha de Observación	138
TABLA N° 06: Resultado del Ítem N°06 de la Ficha de Observación	139
TABLA N° 07: Resultado del Ítem N°07 de la Ficha de Observación	140
TABLA N° 08: Resultado del Ítem N°08 de la Ficha de Observación	141
TABLA N° 09: Resultado del Ítem N°09 de la Ficha de Observación	142
TABLA N° 10: Resultado del Ítem N°10 de la Ficha de Observación	143
TABLA N° 11: Resultado del Ítem N°11 de la Ficha de Observación	144
TABLA N° 12: Resultado del Ítem N°12 de la Ficha de Observación	145
TABLA N° 13: Resultado del Ítem N°13 de la Ficha de Observación	146
TABLA N° 14: Resultado del Ítem N°14 de la Ficha de Observación	147
TABLA N° 15: Resultado del Ítem N°15 de la Ficha de Observación	148
TABLA N° 16: Resultado del Ítem N°01 del Cuestionario	149
TABLA N° 17: Resultado del Ítem N°02 del Cuestionario	150
TABLA N° 18: Resultado del Ítem N°03 del Cuestionario	151
TABLA N° 19: Resultado del Ítem N°04 del Cuestionario	152
TABLA N° 20: Resultado del Ítem N°05 del Cuestionario	153
TABLA N° 21: Resultado del Ítem N°06 del Cuestionario	154

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO N° 01: Resultado del Ítem N°01 de la Ficha Aplicada	134
GRÁFICO N° 02: Resultado del Ítem N°02 de la Ficha Aplicada	135
GRÁFICO N° 03: Resultado del Ítem N°03 de la Ficha Aplicada	136
GRÁFICO N° 04: Resultado del Ítem N°04 de la Ficha Aplicada	137
GRÁFICO N° 05: Resultado del Ítem N°05 de la Ficha Aplicada	138
GRÁFICO N° 06: Resultado del Ítem N°06 de la Ficha Aplicada	139
GRÁFICO N° 07: Resultado del Ítem N°07 de la Ficha Aplicada	140
GRÁFICO N° 08: Resultado del Ítem N°08 de la Ficha Aplicada	141
GRÁFICO N° 09: Resultado del Ítem N°09 de la Ficha Aplicada	142
GRÁFICO N° 10: Resultado del Ítem N°10 de la Ficha Aplicada	143
GRÁFICO N° 11: Resultado del Ítem N°11 de la Ficha Aplicada	144
GRÁFICO N° 12: Resultado del Ítem N°12 de la Ficha Aplicada	145
GRÁFICO N° 13: Resultado del Ítem N°13 de la Ficha Aplicada	146
GRÁFICO N° 14: Resultado del Ítem N°14 de la Ficha Aplicada	147
GRÁFICO N° 15: Resultado del Ítem N°15 de la Ficha Aplicada	148
GRÁFICO N° 16: Resultado del Ítem N°01 del Cuestionario	149
GRÁFICO N° 17: Resultado del Ítem N°02 del Cuestionario	150
GRÁFICO N° 18: Resultado del Ítem N°03 del Cuestionario	151
GRÁFICO N° 19: Resultado del Ítem N°04 del Cuestionario	152
GRÁFICO N° 20: Resultado del Ítem N°05 del Cuestionario	153
GRÁFICO N° 21: Resultado del Ítem N°06 del Cuestionario	154

## INTRODUCCION

El presente trabajo de tesis trata de los efectos de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas frente a la Privación de la Libertad en la 3era Brigada de Caballería de Tacna – 2013 - 2014

En la actualidad, el Estado ante la promulgación de la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA, el cual se ha regulado en las instituciones armadas. La ejecución de dicha norma, atribuyendo en su ejecución una disconformidad en el Personal Militar, respecto a la vulneración del derecho fundamental del derecho a la libertad y la aplicación de la doble sanción, la que corresponde a la privación de la libertad del personal que comete una infracción administrativa y la otra la de la privación de la libertad, conforme a los días de arresto simple o de rigor, que pudiese ser sancionado el personal militar.

Que, el presente trabajo, se vertira el estudio de expedientes administrativos sancionadores de la 3ª Brigada de caballería – Tacna, donde se evaluara los mismos, y se procederá a advertir si efectivamente se ha vulnerado derechos fundamentales (derecho a la libertad), siguiendo la línea principal la del irrestricto derecho a la libertad personal, por encima de cualquier norma que este por debajo de la constitucional política del Perú.

Que, su trascendencia social, hoy en día adecuar la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, respecto a los principios rectores del Debido Proceso, Legalidad, y proporcionalidad, siempre teniendo en cuenta que no se contrapongan en su aplicación a la Constitución Política del Perú, en virtud que se ha venido observando que las Sanciones Administrativas Disciplinarias que se imponen al personal militar, las cuales privan de alguna manera el derecho a la libertad personal, derecho fundamental no puede ser vulnerado por ninguna autoridad, lográndose con ello dos efectos muy importantes, el primero de ellos es velar por la protección del derecho a la libertad personal que tiene el personal militar que labora en las Fuerzas Armadas, procurando con ello no se

cometan excesos ni abusos por parte de sus Superiores; y en segundo lugar, el contar con una legislación interna homogénea que permita saber que nuestra legislación tiene una misma orientación, y que no existen entidades paralelas al margen de los efectos de la legislación nacional.

## **CAPITULO I**

### **EL PROBLEMA**

#### **1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:**

Que, a la promulgación de la Decreto Legislativo N° 29131, “Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”, se ha promulgado con los fines de preservar el orden y disciplina dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales buscan en primer lugar crear un efecto disuasivo frente al personal militar, y de cometida la falta o infracción, un factor corrector y disciplinario frente a ellos, la misma que puede ser impuesta al personal militar de los diferentes grados y jerarquía militares (Oficiales, Técnicos y Sub Oficiales y personal de Tropa), y según dicha jerarquía militar la duración de las sanciones puede variar de un días hasta quince días, estas son el Arresto de Rigor, Arresto de Simple, figuras reglamentarias que son en síntesis los mecanismos idóneos creados en los Institutos Armados para velar y mantener la disciplina del personal militar que presta servicios en las Instituciones Militares.

A través de estos mecanismos las Fuerzas Armadas han actuado siempre para mantener la disciplina en el interior de cada Institución, para que con ello no se resquebraje su estructura humana, y pueda la institución perdurar a través del tiempo y de los hombres.

Estos tipos de sanciones administrativas disciplinarias antes mencionadas mucha de ellas, están dirigidas en síntesis en corregir una acción u omisión incurrida por el personal militar, en el cumplimiento de sus funciones, teniendo como efecto el de privar de la libertad personal (sin existir mandato judicial) a los servidores públicos que prestan servicios en las Instituciones Armadas.

Por consiguiente estas sanciones al provenir de un proceso administrativo de por más irregular, son catalogadas como acto administrativos, en tal sentido; estamos frente a que con un acto administrativo (sanción

disciplinaria) que se encuentra regulado con una Ley promulgada por el Poder Legislativo, emitido por un Funcionario o Servidor Público, con el cual se priva el derecho de un servidor público su derecho a la libertad personal, que por su condición de ciudadano goza al amparo de la protección de sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado.

Esta sanción administrativa disciplinaria, por el nivel del derecho que afecta, debe modificarse en el extremo que no debe considerarse al imponerse una sanción administrativa la privación de la libertad, toda vez que esta ya es sancionable con el demerito que afecta la carrera del militar en situación de efectividad, y al cumplirse el mandato de la privación de la libertad constituiría una doble sanción por el mismo hecho, más aún que si la sanción es impugnado (reconsideración y/o apelación), no suspende la privación de la libertad en la infracciones leves cometidas por el personal militar, sino que este es de ejecución inmediata, ahora, que pasaría si el recurso impugnatorio concluye por resultado favorable para el impugnante?, y la privación de libertad ya fue ejecutada, simplemente, recae en un abuso de derecho, en pretender la aplicación inmediata de la privación de la libertad, ya que estos tipos de casos no se encuentra regulado en la ley de régimen disciplinario, causando y agravio irreparable para el personal militar infractor.

Es ahí de la naturaleza de la colisión normativa de la sanciones administrativas disciplinarias en las Fuerzas Armadas frente a la privación de la libertad, sin embargo este hecho no es reconocible por los propios Institutos Armados, por cuanto estos aún interiorizan el errado criterio que se rigen bajo sus propias normas y reglamentos internos, y que las normas dictadas por el Gobierno Central sólo afecta a las demás Instituciones y al Público.

Finalmente, llevar a cabo la debida aplicación de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas se hace imperativa la pregunta ¿los Institutos Armados y su personal están capacitados para adaptarse los principios constitucionales? ¿Cómo se plantearía el problema de la disciplina en las

Fuerzas Armadas?. Este trabajo de investigación intenta responder de manera clara y científica esta interrogante.

## **1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA:**

### **1.2.1 PROBLEMA GENERAL:**

¿Cuáles son los efectos de la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA frente a la privación de libertad en la 3era Brigada de Caballería de Tacna 2013-2014?

### **1.2.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS:**

A.- ¿Cuáles son los efectos de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en la 3era Brigada de Caballería de Tacna , 2013 -2014?.

B.-¿Cómo se aplica la Privación de la Libertad en la 3era Brigada de Caballería de Tacna , 2013 -2014?

## **1.3 FUNDAMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.**

### **a. Aporte Teórico sobre el tema investigado.**

Ante la promulgación de la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA, se ha regulado en las instituciones armadas la ejecución de dicha norma, atribuyendo en su ejecución una disconformidad en el Personal Militar, respecto a la vulneración del principio constitucional del derecho a la libertad y la aplicación de la doble sanción, la que corresponde a la privación de la libertad del personal que comete una infracción administrativa y la otra la de la privación de la libertad, conforme a los días de arresto simple o de rigor, que pudiese ser sancionado el personal militar.



Que, el presente trabajo, se vertira el estudio de expedientes administrativos sancionadores de la 3ª Brigada de caballería – Tacna, donde se evaluara los mismos, y se procederá a advertir si efectivamente se ha vulnerado derechos constitucionales (derecho a la libertad), siguiendo la línea principal la del irrestricto derecho a la libertad personal, por encima de cualquier norma que este por debajo de la constitucional política del Perú.

Que, su trascendencia Social, hoy en día adecuar la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, respecto a los principios rectores del Debido Proceso, Legalidad, y proporcionalidad, siempre teniendo en cuenta que no se contrapongan en su aplicación a la Constitución Política del Perú, en virtud que se ha venido observando que las Sanciones Administrativas Disciplinarias que se imponen al personal militar, las cuales privan de alguna manera el derecho a la libertad personal, derecho fundamental reconocido por la Constitución Política del Perú, y que no puede ser vulnerado por ninguna autoridad, lográndose con ello dos efectos muy importantes, el primero de ellos es velar por la protección del derecho a la libertad personal que tiene el personal militar que labora en las Fuerzas Armadas, procurando con ello no se cometan Excesos ni Abusos por parte de sus Superiores; y en segundo lugar, el contar con una legislación interna homogénea que permita saber que nuestra legislación tiene una misma orientación, y que no existen entidades paralelas al margen de los efectos de la legislación nacional.

## **b) Aporte Metodológico**

Los tiempos modernos con la globalización han derivado en la apertura de muchas Instituciones Públicas que eran prácticamente impenetrables por cualquier tipo y acción de los Poderes del Estado, medios de comunicación social, organismos no gubernamentales, Ministerio Público y en especial de la Sociedad Civil, esta situación

se dio especialmente en el Perú por intermedio de sus Institutos Armados; por la organización, misión y estructura en que están conformados, y por la independencia administrativa tácita otorgada por los Gobiernos, los cuales están regulados aparentemente por sus propias normas internas que cada Institución Armada, esto se da por una errada interpretación de lo dispuesto en el artículo 168º de la Constitución Política del Estado, de las cuales el principal aporte metodológico será la verificación y estudio de la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA, para los efectos de si este se contrapone con la propia carta magna, procediéndose advertir, y plantear proyectos de ley, con el objeto que alcance la modificatoria de esta norma a la vulneración del principio constitucional del Derecho a la Libertad..

#### **1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **1.4.1 Objetivo General:**

Determinar los efectos de la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA frente a la privación de libertad en la 3era Brigada de Caballería de Tacna, 2013-2014 2013 – 2014.

##### **1.4.2 Objetivos Específicos:**

A.- Determinar los efectos de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en la 3era Brigada de Caballería de Tacna , 2013 -2014

B.-.Establecer cómo se aplica la Privación de la Libertad en la 3era Brigada de Caballería de Tacna , 2013 -2014.

## 1.5 ANTECEDENTES DE ESTUDIO:

Los siguientes trabajos han sido los que se asemejan a la investigación que el tesista va a realizar, los señalo como antecedente de la presente investigación.

- ALIAGA ABANTO Oscar Alfredo “Constitucional Peruana, Derecho Humanos y la Libertad física”, 1986  
Tesis de Maestrías de Derecho  
Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FRANCO PEREZ Julio Cesar “Naturaleza, Alcances y Limites del Poder Disciplinario del Empleador”. 1989  
Tesis en Maestría en Derecho.  
Pontificia Universidad Católica del Perú.

Las conclusiones que tiene relación con el presente trabajo, es la forma de procedibilidad a un grupo de personas para trabajar en un ambiente determinado, siendo necesario regular esta actividad a través de una serie de disposiciones legales y administrativas. A fin de que las relaciones laborales se lleves de la mejor manera posible y no exista fricciones dentro del centro de trabajo, de lo que habría ocasionado la promulgación de normas que simplifican las sanciones a los administradores públicos y privados, que dentro del margen de la legalidad y debido proceso, han logrado armonizar relaciones laborales entre el empleado y el empleador.

Esta necesidad de regulación se interioriza y se intensifica dentro de las Fuerzas Armadas, por cuanto al ser más rigurosa la instrucción y los deberes que deben de cumplir, debe ser el método de control, asimismo tenemos en cuenta que desde la creación de los ejércitos. Los Oficiales han tenido que lidiar con personal militar con poca o escasa educación, hecho que deriva en crear mecanismos más rigurosos para hacer cumplir las normas internas, que de alguna manera han visto la aplicación de la columna vertebral de los ejercito en “LA DISCIPLINA”, que habría llevado consigo al continuismo de las décadas de los 60, 80 hasta en la actualidad,

siendo indispensable verificar que la actitud de la Ley de Régimen Disciplinario constituiría el continuismo de los abusos y Excesos realizados a los infractores administrativos frente a la privación de la libertad, a pesar que los tipos administrativos contemplados en la ley de Régimen Disciplinario son totalmente drásticas, que conllevaría a la baja y Disponibilidad del efectivo infractor, no siendo justificable la ejecución deliberante de la Ley de Régimen Disciplinario frente a la Constitución Polícita del Perú.

**CAPÍTULO II**  
**FUNDAMENTO TEORICO**  
**BASES TEORICAS-CIENTIFICAS**

**2.1 Sanciones Administrativa Disciplinarias**

**2.1.1 Antecedentes de la Sanciones Administrativas Disciplinarias.**

Las Sanciones Administrativas Disciplinarias, propiamente dichas han existido desde que el ser humano vive en Sociedad, coma mecanismo de regulación y protección de las normas internas que regulan el normal desenvolvimiento en Sociedad o grupo humano; el ser humano convive con ellas desde sus inicios, las cuales nacen como el desarrollo en la Familia, en las cuales nuestros padres crean reglas que regulan nuestro desenvolvimiento desde nuestra infancia y su incumpliendo amerita una sanción disciplinaria y corrección, a fin de que las normas internas de la familia no se vean resquebrajas y sigan estas surtiendo sus efectos en la familia y la misma no se rescrebaje, e no perjudicar el desarrollo normal de la unidad familiar, y la disciplina y autoridad de los padres en el hogar; después de ello sigue el Colegio donde existe a un nivel más elevado normas internas y que su incumplimiento deriva en las sanciones correspondientes a twos de los profesores. Este mismo criterio que ha sido adaptado de mejor manera como mecanismo de control en cada entidad o lugar donde un grupo de personas trabajan.<sup>1</sup>

En el País las Fuerzas Armadas existen desde que se crea los Ejércitos, la primera Institución Militar que sirvió para la defensa de la soberanía territorial, después apareció la Marina de Guerra, y por último y sin restarle importancia la Fuerza Aérea, entonces fue el Ejercito quien forja los primeros antecedentes de la Sanciones Administrativas Disciplinarias en las Fuerzas Armadas, las cuales

---

<sup>1</sup> Disciplina nos da la noción de doctrina, instrucción de una persona, especialmente en la moral. Observancia de las ordenamientos de una profesión o instituto, qua tiene mayor use hablado de la milicia y de los estados eclesiásticos escuelas y regular. Proviene del Latin disciplina. Segall Diccionario Jurídico OMEBA.

en su momento fueron muy drásticas, ya que si se recuerda no existía una formación militar rigurosa en el Ejército, después de la Guerra del Pacífico se creó la Escuela Militar de Chorrillos, en donde sus instructores militares eran franceses y su disciplina forjaron a los nuevos militares peruanos.

Estas sanciones administrativas disciplinarias han regido al personal militar desde su ingreso a las Escuelas de Formación, por lo que desde los inicios en la vida militar, el personal militar ha sido concientizado a vivir bajo las normas internas y disciplinarias.-

Esto es más fuerte cuando están las Fuerzas Armadas en operaciones militares, donde la sanción disciplinaria se realiza dentro del mismo campo de operaciones y frente al personal militar que está presente, sin mayor trámite y apelaciones, donde es ejecutado (fusilado) según la gravedad y naturaleza de la falta.-

### **2.1.2 Concepto de Sanciones Administrativas Disciplinarias:**

Según el Diccionario de Términos Militares aprobado por Reglamento Interno N° 320 -5 del Ministerio de Guerra, establece que Disciplina es la Estricta observancia de las leyes, de las disposiciones vigentes y de las Órdenes superiores a que está obligado todo el personal militar e implica la subordinación consiente y constante de la voluntad individual en provecho del conjunto. Constituye la fuerza fundamental del Ejército y es el factor más poderoso del éxito, su importancia es tal que no se puede concebir una fuerza organizada. El concepto de disciplina militar abarca un contenido muy amplio y, entre otros, se refiere a: el conocimiento y la práctica de todas las obligaciones militares; la obediencia y el respeto a los superiores jerárquicos; la observancia de las leyes y sujeción estricta a los reglamentos; la uniformidad, orden y pundonor en la conducta; la abnegación que puede llevar hasta el sacrificio de la vida. Fundada en la razón y en la justicia, garantiza el éxito y asegura al Ejército el cumplimiento de su misión.

Se aplica también para referirse al cumplimiento de las disposiciones dictadas con respecto a una actividad determinada. En este caso la palabra disciplina va seguida del nombre de la actividad a que se refiera y así se tiene: Disciplina de Marcha, Disciplina de las Transmisiones.

Asimismo, define que el Castigo es la Sanción que se impone al personal militar por faltas cometidas contra el deber militar o contra la disciplina.

Es el cumplimiento de todos los deberes militares, abarcando, por consiguientes, la obediencia, el respeto a los superiores, la observancia de las leyes y de los preceptos de la ordenanza y la sujeción estricta a los reglamentos.

#### **A.- En el Derecho Romano:**

Desde la creación de la civilización romana, se ha regulado la disciplina entre la ciudadanía como pilar fundamental de la vida social en dicha comunidad, esta regulación permitió que exista una ordenada sociedad la misma que es reconocida por el Mundo.

Esta civilización, llegó a un gran nivel de desarrollo cultural y social, basado en sus enseñanzas y el respeto de sus normas internas, basados siempre en la convicción de contar con sus Ejércitos, en los cuales la disciplina era muy rigurosas, las mismas que eran sancionadas drásticamente, muchas de ellas eran reguladas a través de la vida de la persona sancionada.

La disciplina impartida en dicha civilización logró forjar la Sociedad Romana reconocida en la historia, con una correcta y ordenada disciplina dentro de sus Ejércitos, y dentro de la propia sociedad, en la cual se desenvolvía la población en general, regulando su quehacer cotidiano.

#### **B.- En el Derecho Germano:**

El derecho germano, cuna de varias tendencias y corrientes legales, ha sido un claro ejemplo la disciplina dentro de sus Ejércitos, estos se han dado a conocer especialmente en la Segunda Guerra Mundial, en donde los Ejércitos Alemanes

estaban prohibidas de retorcer o dejar sus puntos de operaciones, bajo pena de ser fusilados en dicho acto, es por ello el gran logro y reconocimiento de la firmeza de sus hombres en combate.

Que, si bien es y será criticado su accionar en el mundo, no lo es su actividad y planeamiento militar, y es en este sentido que se ve como la disciplina reguló la vida interna y la vida civil en dicho país, y los logros que se consiguieron, y lo avanzado de este país.

Es por ello después de haber sufrido dos pérdidas en grandes guerras esta civilización, sigue siendo una de las más grandes, sólidas y avanzadas economías en el mundo actual, siendo un ejemplo para muchos de los países, así mismo sus tendencias legales han avanzado y son muy reconocidas en otras latitudes.

### **2.1.3 Principio de Legalidad en Materia Sancionadora.**

El Tribunal Constitucional ha colocado en lo que denomina principio de legalidad en materia sancionadora varios elementos que son compartidos, en parte por la sanción penal y por la administrativa y, en otra parte, son privativos del ámbito penal.

Corresponden a ambos ámbitos los siguientes elementos de este principio:

- a) No se puede atribuir faltas ni aplicar sanciones que no hayan sido previamente determinadas por la ley. Este es el principio de legalidad que el Tribunal llama formal, y consiste en el rango que debe tener la norma que establece las conductas sancionables. No se vincula con el principio de tipificación, que consiste en la enunciación o descripción precisa y detallada de las conductas que hay que sancionar y que es materia de contenido, no de forma.

El Tribunal Constitucional ha determinado que es el rango de ley aquel que debe establecer las faltas sancionables, tanto en el ámbito penal como en el ámbito administrativo, pero cuando se trata de las sanciones disciplinarias, la



reserva para el rango de la ley no es absoluta, y consecuencia, se puede aceptar la colaboración del reglamento con la ley en la determinación de las conductas sancionables. Sin embargo,

Colaboración es diferente complementar y detallar a la norma con rango de ley, pero sustituirla cuando se trata de atribuir faltas o de determinar sanciones. La referencias a la distinción entre legalidad y tipificación y a la intervención del reglamento en las sanciones administrativas<sup>2</sup>.

- b) El Tribunal también ha precisado las características que debe tener la norma con rango de ley que establece las faltas y las sanciones.

En primer lugar debe ser una norma cierta y existente, a la que califica como *lex scripta*. No será una norma con estas características aquella que no esté vigente o, incluso, aquella de cuya vigencia no se tenga seguridad. En este último caso se aplicaría el principio de que la duda favorece a quien va a ser sancionado, que también tiene jerarquía constitucional por estar contenido en el artículo 139 inciso 11) de la Constitución.<sup>3</sup>

La norma con rango de ley que determina faltas y sanciones debe ser anterior al hecho sancionado. Debiendo necesariamente describir un supuesto de hecho estrictamente determinado.

- c) Todo esto se haya vinculado al principio de seguridad jurídica, porque el Tribunal Constitucional considera que las personas que van a ser

---

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de abril del 2003 en el Exp. 2050-2002-AT-TC, que no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero garantizado por el ordinal d) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por lo tanto no está sujeta a una reserva de ley absoluta sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere el artículo 168 de la Constitución.

<sup>3</sup> RUBIO CORREA, Marcial. La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial. Año 2005. Pag. 197. Según Víctor MOSCOSO TORRES en su libro Derecho Administrativo y Administración Pública define al Servidor Público como al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramientos o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en periodos regulares.

sancionadas deben tener la garantía de poder predecir las consecuencias de sus actos y, además la seguridad de que la potestad de sanción de la autoridad no sea ejercida arbitrariamente.

- d) En este sentido la autoridad tiene límites constitucionales para ejercitar la potestad de sanción, tanto penal como administrativa y debe respetarlos porque, en caso contrario, el sancionado se convierte en agravio de una inconstitucionalidad, con el efecto de que la sanción sea declarada inválida por los procedimientos constitucionales correspondientes.
- e) La proporcionalidad no solo debe ser obedecida por la autoridad que aplica la sanción, sino también por aquella que dicta la norma en la cual la sanción está contenida. En otras palabras la proporcionalidad de la sanción en relación con la conducta de quien actúa mal y con el bien dañado por tal conducta debe cuidarse tanto al dictar la norma que contiene como al aplicar dicha norma a un caso concreto.

#### **2.1.4 Tipos de Sanciones Administrativas Disciplinarias en el Sector Público.-**

El Sector Público es el gran empleador del Estado, en donde la gran parte de ciudadanos en el Perú trabajan<sup>6</sup>, en tal sentido para que exista una armonía entre los trabajadores y los empleadores, deben existir disposiciones legales o normativas que regulen el normal desarrollo, así como se debe crear los mecanismos necesarios para controlar al personal que no cumpla con sus funciones, estas medidas son denominadas sanciones, las cuales están debidamente reguladas en el Sector Público.

##### **A.- Sanciones Administrativas Disciplinarias a los Servidores Públicos (D.Leg. 276)**

El Estado a través del Sector Público, es el gran empleador que abarca gran parte de la población nacional, y esta necesita necesariamente estar

regulada, por cuanto donde existe un gran número de trabajadores, su interacción debe estar debidamente controlada, a través de normas internas que regula su disciplina, si bien esta norma legal por su tiempo ha quedado un poco en desuso, esta no está derogada, y es la norma macro que regula las demás normas internas de las diversas entidades públicas.

Que, si bien este dispositivo legal fue promulgado el 06 de marzo de 1984, hasta la fecha aún sigue en vigencia, por lo que es necesario analizarlo.

Según el artículo 26° las sanciones disciplinarias pueden ser:

- a) Amonestación verbal o escrita.
- b) Suspensión sin goce de remuneraciones hasta por 60 días.
- c) Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por 12 meses, y
- d) Destitución.

Asimismo el servidor destituido no podrá reingresar al servicio público durante el término de 5 años como mínimo.

Las sanciones a que se hagan merecedores los sujetos comprendidos en el Decreto Legislativo N° 276, contenidas en los incisos b), c) y d) se sujetan al procedimiento administrativo previsto en dicho dispositivo y su reglamento, dando cuenta a la Contraloría General de la República.

El funcionario o servidor que se haga merecedor a las sanciones previstas en el presente artículo, no pueden ser destacados, nombrado o contratado en otras dependencias del sector público hasta que concluya el proceso administrativo o penal correspondiente.

Los funcionarios y servidores públicos que tengan juicios pendientes, procesos administrativos o se encuentren incursos en comisiones investigadoras no podrán prestar servicios a nombre de la Nación, fuera del país.

## **B.- En la Ley de Presupuesto.**

El artículo 58° de la Ley N° 26199 "Ley Marco del Proceso Presupuestario", señala: El incumplimiento de las disposiciones en la presente ley y en las Leyes Anuales de Presupuesto da lugar a las siguientes sanciones:

- a) Amonestación escrita.
- b) Suspensión del cargo sin goce de haber de 30 a 90 días.
- c) Cese temporal sin goce de haber hasta por 12 meses.
- d) Destitución o despido según el régimen laboral, con la consiguiente inhabilitación por 5 años para prestar servicios en cualquiera de las entidades comprendidas en esta ley.

## **C.- Proceso Sancionador en la Ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General.-**

La Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General contemplada en la Ley N° 27444, es una norma legal, que regula los procedimientos dentro de la Administración Pública, y por primera vez crea un capítulo destinado al proceso sancionador, que viene a ser el procedimiento genérico que las diversas entidades que agrupan al Sector Público deben acatar y cumplir, que si bien muchas entidades públicas dentro de sus normas internas o reglamentos internos ya contemplaban las medidas coercitivas o sancionadoras para cuando su personal cometa alguna falta; el Gobierno Central creyó necesario crear una norma matriz con rango de ley, que de formalidad y establezca las pautas necesarias para el mejor cumplimiento de las normas y homogenizar así el criterio de las sanciones administrativas disciplinarias que se establecían en los diversos reglamentos de las edades del sector público.

Defínase el trámite administrativo del proceso sancionador mediante el cual la autoridad o funcionario impone la sanción correspondiente a determinado usuario por comprobada infracción a sus deberes y obligaciones, previa sumaria investigación.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> BENDEZU NEYRA, Guillermo. Derecho Procesal Administrativo "Exegesis y Casuística". Editorial FECAT. Lima. Año 2002. Pag. 139. 3 BENDEZU NEYRA, Guillermo. Derecho Procesal,

Es por ello que con este nuevo Proceso Sancionador busca aparte de uniformizar los criterios y estándares sancionadores dentro del Sector Público, procurando con ello que las normas internas de cada entidad tengan que ser adecuadas a la nueva normatividad legal sancionadora, ya que con ello se estaría respetando los principios legales regulados en la mencionada ley, y evitar de esta manera los abusos que se pudieran cometer por excesos de las normas internas y de la ley, sin embargo estas normas únicamente dan los conceptos genéricos, no teniendo el carácter imperativo sino supletorio frente a las normas internas.

Es así que el Proceso Sancionador, es el trámite administrativo mediante el cual la autoridad o funcionario resolutor impone la sanción correspondiente a determinado usuario por comprobada infracción a sus derechos y obligaciones, previa sumaria investigación y admitiendo el derecho de defensa, como permite el artículo 2° de la Constitución Política y otras leyes subalternas.<sup>5</sup>

Estando esta facultad dirigida a las entidades del Sector Público regidas por la Ley lig° 27444, son las personas a través de los Funcionarios o Servidores<sup>9</sup> sobre los males se pueden aplicar la facultad sancionadora en el Perú, son:

---

Administrativo "Exegesis y Casuística". Fecal. 2002. Lima. Pag 139. 9 Tanto el Servidor y el Funcionario público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Las diferencias están, según la opinión mayoritaria, en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación -voluntaria (en caso del funcionario le rige una base estatutaria unilateral); el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos, profesionales o para profesionales para tareas o misiones de finte ración" facilitación de la de los funcionarios públicos. En definitiva un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios. la diferencia que radica entre el Servidor y Funcionario público radica en la distinción en el ámbito de responsabilidad penales distinto para uno y otro, o existente para uno e irrelevante para otro. El trabajador público, puede significar tanto a todos los que intervienen o participan en asuntos del Estado, desde los funcionarios, pasando por los empleados y asesores, hasta el personal de mantenimiento; como en sentido restrictivo a estos últimos, es decir, a los operarios y obreros al servicio del Estado.

<sup>5</sup> En definitiva un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios. la diferencia que radica entre el Servidor y Funcionario público radica en la distinción en el ámbito de responsabilidad penales distinto para uno y otro, o existente para uno e irrelevante para otro. El trabajador público, puede significar tanto a todos los que intervienen o participan en asuntos del Estado, desde los funcionarios, pasando por los empleados y asesores, hasta el personal de mantenimiento; como en sentido restrictivo a estos últimos, es decir, a los operarios y obreros al servicio del Estado.

- Los que están comprendidos dentro de los alcances de la Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento contenido en el D.S. N° 005-90-PCM, así como la Ley N° 11377 y D.S. N° 522.
- Los que ejercen cargos políticos o de confianza, incluidos los de elección popular, presidentes ejecutivos del CIAR, Alcaldes, Congresistas, Gobernadores, entre otros. Y los que fuera aplicable la ley N° 26922 y el D.S. N° 010-98-PRES.
- Los que independientemente de su régimen ocupacional al cual pertenecen, mantienen vínculo contractual de cualquier modalidad con entidades, organismos, dependencias y otras instituciones del Estado, ejerciendo actividades burocráticas, contenidas en la Ley N° 26713.
- Los administradores y depositarios de causales embargados o almacenados por orden de la autoridad competente.
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

Los Principios sobre los cuales se deben regir el procedimiento sancionador en cada entidad pública son el de:

- a) Legalidad, porque sólo con una norma con rango de ley se le otorga potestad represiva a determinada entidad, buscando con ello que la entidad califique la conducta del personal infractor para luego imponer la represión subsiguiente, sin excesos evitando afectar la libertad personal del ciudadano responsable.
- b) Debido trámite, las entidades deben de aplicar el debido castigo con sujeción al trámite previsto en la ley general, sin coactar el derecho de defensa del sujeto coercitado.
- c) Prudencia y Tolerancia, toda autoridad está obligada a prever cualquier acto infractorio no resulte más ventajosa para el sujeto sancionable que acatar las normas rectoras. Se trata de gradualidad progresiva, tanto de la falta administrativa como del castigo imponible, para que enmiende la conducta del individuo coercitivo.

d) Tipicidad, es la conducta sancionable en esta vía la trasgresión prevista en normas específicas con rango de ley, mediante la tipificación formal, sin admitir interpretación extensiva o la analógica.

e) Retroactividad y/o ultractividad, en este proceder correctivo son aplicable las disposiciones sancionables vigentes al momento de ocurrir la conducta trasgresora por el respectivo administrado, excepto las normas posteriores resultan más favorables al sujeto administrable.

#### **D.- En las Fuerzas Armadas**

Los Reglamentos Militares no ajenos a las obligaciones y responsabilidades que tiene su personal militar se ha visto en la necesidad de crear normas de rango administrativo para poder controlar al personal y regular así la disciplina entre ellos, es por ello que ha creado una serie de sanciones administrativas disciplinarias vigentes a la fecha las cuales paso a detallar.

##### **D.1.- El Arresto de Rigor.**

El Arresto de Rigor, es como su nombre lo señala claramente, una orden de arresto que es dispuesta únicamente por un Oficial Superior o Oficial General, sobre un personal militar de cualquier grado inferior al que emite la sanción, y que se encuentre directamente bajo su mando, al haber cometida una falta o faltas establecidas en el Reglamento de Servicio Interior (RE 34-1), puede extenderse desde un (01) días hasta cuarenta (40) días de arresto de rigor, y se cumple para el personal de tropa servicio militar en el calabozo de la Unidad, no teniendo derecho a recibir visitas, estar totalmente incomunicado, no puede salir del lugar de cumplimiento de la sanción, con la excepción de dirigirse a los servicios higiénicos, en el caso del personal militar a sueldo que viene a ser los Oficiales y Técnicos y Suboficiales, esta sanción se cumple en su habitación cuando viven en un ambiente sólo, y sino fuera así se le adaptará un ambiente aislado, para el cumplimiento de la sanción, teniendo necesariamente contar con una custodia armada en la puesta del lugar del cumplimiento de la pena.

##### **D.2.- El Arresto de Simple.**

Este tipo de Arresto es similar al Arresto de Rigor, con la diferencia que puede ser interpuesto por cualquier personal militar sobre otro de menor graduación,

pudiendo extenderse desde un (01) días hasta cuarenta y cinco (45) días de arresto de simple, pudiendo el personal militar sancionado trabajar normalmente en los asuntos de su competencia, pero no puede ausentarse de las instalaciones militares por el periodo de la sanción

#### **D.3.- La Represión.**

Es la llamada de atención del Superior sobre el subordinado, y se hace en presencia de todo el personal militar bajo su mando, y en voz alta, a fin de que todos escuchen las faltas y negligencias que ha cometido el sancionado.

#### **D.4.- El Apercibimiento.**

Se realiza a través de un documento reservado, para faltas que no revisten mayor, gravedad, no implica Ja suspensión o privación de algún derecho.-

#### **D.5.- La Amonestación.**

Se realiza en lugar privado entre el sancionado el sancionador en donde se le llama la atención en forma verbal por la falta cometida, esta generalmente es complementada por las sanciones de Arresto de Rigor y de Simple.

#### **D.6.- El Depositado.**

Esta sanción es dirigida al personal de tropa que ha cometido una falta no muy grave, que no le limita en sus derechos y responsabilidades, no se anota en su legajo, pero pernocta en el calabozo, puede extenderse de un (01) día a diez (10) días.

#### **D.7.- El Consignado.**

Es una sanción que se realiza en forma directa y sin documento, es meramente verbal y dirigida al personal de tropa, en donde únicamente se le restringe sus salidas de paseo que pueden ser los sábados o domingos.

#### **E.- En la Policía Nacional del Perú:**

La Policía Nacional, ha avanzado más en este tema, por cuanto a través de su cercano trato con el público en general, se ha visto en la necesidad de actualizar sus reglamentos internos, respecto a su disciplina interna.



Con ello ha logrado regular su Régimen Disciplinaria .a través de la Ley N° 28338 publicada el 17 de Agosto del 2004, la misma que en la actualidad está vigente, si bien con algunas críticas internas, pero es la norma que se aplica en la actualidad, la misma que por ser la primera ha tenido una serie de problemas en su aplicación, ya que no ha diferenciado bien dos conceptos, cuando un acto es considerado administrativo va a derivar en un proceso administrativo sancionador, y cuando este no deriva en un proceso por cuanto constituye delito.

Es por ello que a través de dicha norma legal, se ha podido regular todas las figuras legales que el personal policial pudieran incurrir durante el ejercicio de sus funciones, siendo su finalidad establecer los principios éticos profesionales y de disciplina en el comportamiento del personal de la Policía Nacional del Perú, para lograr un servicio policial óptimo en beneficio de la persona, la sociedad y el Estado, que contribuya a elevar la imagen institucional.

Siendo su contenido la disposiciones que rige el procedimiento administrativo disciplinario de la institución, su procedimiento, la clasificación y tipificación de las infracciones en las que pueda incurrir el personal de la Policía Nacional del Perú, así como establecer las sanciones correspondientes y determina cuales son los órganos e instancias resolutorias administrativas.-

En su artículo 370 de la citada ley, se regula las faltas graves y leves que puede incurrir el personal policial, entre algunas de ellas tenemos:

- Llegar con retraso injustificado a la lista, ceremonia, conferencia o a los diversos actos del servicio para los que fuese nominado o tuviera obligación de asistir.
- Dirigirse al Superior en términos que atenten contra las normas de cortesía, la buena educación o la urbanidad, aún cuando éste se encuentre en situación de Retiro o Disponibilidad, siempre que constituya infracción grave.

- Actuar o dirigirse a las personas en términos que atenten contra las normas de cortesía, la buena educación o la urbanidad, o mostrando falta de interés en el desempeño de su labor profesional.
- Ofender de palabra o con gestos al Personal de su mismo grado, denigrando su persona.
- Faltar sin causa justificada un día a su centro de labores, a la instrucción, ceremonia, conferencia o a (os diversos actos del Servicio para (os que fuese nominado o tuviera obligación de asistir.
- Aceptar u otorgar obsequios entre personal de la Policía Nacional que impliquen ventajas de cualquier índole.
- Incumplir y/o alterar injustificadamente el orden y/o los plazos en la recepción, trámite, emisión y/o remisión de documentos.
- Prestar el armamento del Estado a un miembro de la Policía Nacional o tomar el no asignado sin autorización.
- Realizar operaciones policiales no autorizadas o no seguir los procedimientos establecidos para ellas.
- Incumplir con las normas relativas a la ejecución de sanciones.
- Fracasar en el cumplimiento de la misión por desidia, imprevisión o carencia de iniciativa.
- Tratar arbitraria o discriminatoriamente a personal de la Policía Nacional.
- Ocasionar daños o no adoptar las medidas para el uso y conservación del armamento y vehículos de propiedad del Estado.
- Abandonar su servicio sin motivo justificado.
- Faltar el respeto a los símbolos de la patria y/o institucionales.
- Omitir incorporarse a su Unidad de destino o a la más cercana en caso de grave alteración del orden.

#### **F.- En la Legislación Comparada.**

En todos los países donde existen Fuerzas Armadas, existen normas que regulan su disciplina, de una u otra manera, se ha tomado como muestra al país de España.

Su Gobierno ha regulado en el artículo 57 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre de 1985, el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y los artículos 341 y 376 de la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, el procesal militar, señalan que reglamentariamente se determinara la forma de anotación y cancelación de los antecedentes por faltas disciplinarias militares y por delito o falta penal.

El presente real decreto trata de cumplir dicho mandato legal, contenido en la citada Ley Orgánica, en su virtud, a la propuesta de su Ministro de Defensa, con informe favorable del Ministro del Interior por lo que se refiere a la guardia civil, con la aprobación del ministro para las administraciones públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 19 de mayo de 1989.

Disponiendo en su artículo 1.1.- en la documentación militar personal de todo miembro de las fuerzas armadas y guardia civil, se harán constar las siguientes notas, una vez que hayan ganado firmeza las resoluciones:

- a) las sanciones disciplinarias de arresto. por falta leve.
- b) las sanciones disciplinarias por falta grave.
- c) las sanciones disciplinarias extraordinarias.
- d) las penas impuestas por órganos judiciales de cualquier jurisdicción, siempre que deban constar en el registro central de penados y rebeldes del ministerio de justicia, según su legislación específica.

2. No obstante lo dispuesto en el numero anterior, cuando se trate de sanciones de las comprendidas en los apartados a) y b) de dicho número se anotaran preventivamente, haciéndolo constar así, una vez impuesta la sanción y aunque no haya ganado firmeza la resolución, la anotación se convertirá en definitiva, cuando la sanción sea firme. si, en virtud de recurso, la sanción se anula o modifica, la anotación preventiva se hará desaparecer, de oficio e inmediatamente, sin perjuicio de anotar la que corresponda y sea firme.

3. En la nota constara la pena o sanción impuesta, el tribunal, autoridad o mando que la impuso, sus accesorias y efectos, la fecha de imposición, la fecha de

cumplimiento y una expresión clara y concreta de los hechos y su calificación. Además, se unirá a la documentación militar personal un testimonio literal o copia autenticada de la resolución a que se refiera la nota estampada.

4. La nota constara en la división, subdivisión o lugar de la documentación militar personal que señale la normativa sobre redacción, contenido y modelo de documentaciones personales.

El artículo 2.1.- Señala que, toda nota estampada se cancelara, a petición del interesado, una vez transcurridos los plazos que se señalan en el número siguiente siempre que durante los mismos no se le haya impuesto otra pena o sanción de las que contempla este real decreto.

2. Los plazos a que alude el número anterior son:

a) Los establecidos por la ley orgánica de régimen disciplinario de las fuerzas armadas para los arrestos por falta leve, sanciones por falta grave y sanciones disciplinarias extraordinarias, según lo dispuesto en las adicionales tercera y cuarta de la ley orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar.

b) Desde el momento en que se conceda la rehabilitación, a tenor respectivamente de los artículos 47 del Código penal militar, para las penas por delito militar, y 118 del Código penal, para las penas por delito común o falta penal.

3. Salvo el caso de rehabilitación, el plazo se contara desde el día siguiente al que se haya cumplido la sanción, si solo ha de cancelarse una nota. Si, la sanción es la perdida de destino, desde el día siguiente a haber cesado en el.

4. En el supuesto que se solicite la cancelación de más de una nota, el plazo correrá desde el día siguiente de haber extinguido la última sanción que haya de cumplirse y dicho plazo será el más largo de los señalados en el número 2, de los correspondientes a las notas que se tratan de cancelar.

5. A efectos de esta disposición, se considerara interesado: quien haya sufrido la pena o sanción, en caso de fallecimiento, el cónyuge supérstite o los herederos del et representante legal, en el supuesto de que el penado o sancionado se encuentre en las situaciones militares de prisionero o desaparecido.

El Artículo 3.- Tiene facultad para cancelar cualquier nota desfavorable:

1. Para los militares profesionales: el director general de personal del ministerio de defensa para el personal de los cuerpos comunes de las fuerzas armadas; los directores o jefes de personal, cualquiera que sea su denominación, del ejército de tierra, de la armada y del ejército del aire, para el personal de su respectivo ejército; el subdirector general de personal de la guardia civil, para el personal de este cuerpo.

2. Para los militares no profesionales:

Los jefes de la unidad de donde radique su documentación militar personal.

El Artículo 4.1.- los interesados en cancelar la anotación dirigirán sus peticiones por escrito, respectivamente, a la autoridad o jefe que señala el artículo anterior, a cuya instancia acompañaran un certificado de antecedentes penales, o en su caso, certificado de rehabilitación.

2. En el supuesto del número 1 del artículo anterior, la instancia y la documentación adjunta se remitirán directamente al jefe de la unidad donde se custodie la documentación militar personal del interesado, quien deducirá testimonio de la parte de documentación militar personal donde conste la anotación o anotaciones y del testimonio o copia de la resolución que se menciona en el número 3 del artículo 1. El expediente así formado se enviara directamente a la autoridad con facultad para cancelar.

3. En el caso del número 2 del artículo anterior, la instancia y la documentación adjunta se remitirá al jefe de la unidad donde radica la documentación militar personal de interesado, a los efectos del artículo siguiente.

4. Los interesados que no se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad o en reserva activa en las fuerzas armadas o guardia civil podrán hacer

uso de la facultad que les concede el artículo 66 de la ley de procedimiento administrativo y el mismo artículo del decreto 1408/1966, de 2 de junio, de adaptación de aquella a los departamentos militares.

El Artículo 5. — Establece:

1. Las autoridades o jefes con facultad para cancelar, a la vista de la documentación recibida y si la estiman completa, concederán la cancelación de la anotación.

Resuelto el expediente; ordenaran:

a) La notificación al interesado.

b) Que desaparezca la anotación o anotaciones del original y de los duplicados, si existen, de la documentación militar personal del interesado, así como los testimonios o copias a que hace referencia el número 3 del artículo 1.

La parte de documentación sustituida será destruida, si se trata de anotación de apresto por falta leve. en los demás casos se archivara con carácter reservado y solo se podrá certificar de ella o consultarse en caso de que lo soliciten las autoridades competentes para ello y a los exclusivos efectos de las clasificaciones reglamentarias.

2. Si por motivos legales o reglamentarios se resolviese denegando la cancelación, se fundamentara la denegación, y se notificara al interesado con indicación de plazo para recurrir y autoridad ante quien ha de presentarse el recurso, conforme al artículo siguiente.

El Artículo 6.1.- Los acuerdos denegatorios de cancelación de notas desfavorables que dicten las autoridades comprendidas en el número 1 del artículo 3 podrán ser recurridos en alzada, respectivamente, ante los jefes de estado mayor de cada ejército, subsecretario de defensa y director general de la guardia civil.

2.- Los acuerdos denegatorios de los jefes a que se refiere el número 2 del artículo 3; serán susceptibles de recurso de alzada ante los jefes de región o zona militar, de zona marítima y de la jurisdicción central de marina, almirante de la flota, jefes de región, zona o mando aéreo, director general de personal del

ministerio de defensa y subdirector general de personal de la guardia civil a que pertenezca la unidad donde se custodia la documentación militar personal del interesado.

3. El recurso se presentara en el plazo de quince días contados a partir del siguiente al de la notificación del acuerdo. La resolución del recurso por las autoridades y jefes señalados en el presente artículo pondrá fin a la vía administrativa y será dictada previo informe de su asesor jurídico.

4. Contra la resolución del recurso de alzada podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar ante el tribunal militar central en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

Artículo 7.- La cancelación de una nota desfavorable no llevara consigo la desaparición de las consecuencias o efectos administrativos que se reflejen en otras partes de la documentación militar personal: computo de tiempo de servicio o suspensión de empleo, pérdida de puestos en el escalafón o baja en el destino o en Mas fuerzas armadas o guardia civil, por ser vicisitudes de la vida profesional militar, raque no se consignara el motivo o se hará desaparecer si consta.

Artículo 8.- Los expedientes de cancelación de notas desfavorables se resolverán en el plazo máximo de dos meses contados a partir de la fecha de presentación de solicitud, y los efectos de la cancelación acordada se retrotraerán a la indicada fecha.

#### Disposiciones Transitorias

Primera. Los expedientes de invalidación o cancelación de notas desfavorables en trámite, a la entrada en vigor de este real decreto, se seguirán por el procedimiento dispuesto en el mismo, a cuyo fin serán enviados, en el estado en que se encuentren, a las autoridades o jefes que determina el artículo 3., quienes, antes de resolver, ordenaran se completen si falta algún trámite.

Si la anotación se ha hecho con anterioridad al 1 de junio de 1986 y los plazos para solicitar la cancelación fueren más cortos en la legislación derogada, se tendrán en cuenta los de esta.

Segunda. Se cancelaran de oficio las notas desfavorables que procedan de correctivos de reprensión y cualquier otra nota que aparezca en la documentación y que no esté contemplada en este real decreto, retrotrayéndose sus efectos a 1 de junio de 1986. La documentación sustituida se hará desaparecer. Los interesados también podrán solicitar su cancelación.

Tercera. Toda nota cuya cancelación haya sido denegada con anterioridad al 1 de junio de 1986 será cancelada a nueva petición del interesado, si se cumplen las condiciones señaladas en este real decreto y sus efectos se retrotraerán a la fecha expresada.

Cuarta. Las notas desfavorables que el derogado artículo 1.056 del código de Justicia militar prohibía invalidar se cancelaran, a petición del interesado, si se cumplen las condiciones de la legislación vigente.

A tal fin, si la nota proviene de pena por delito que no conste en el registro central de penados y rebeldes, el plazo y las condiciones serán las que señala el artículo 47 del código penal militar para la rehabilitación.

Si el antecedente consta en el registro central de penados y rebeldes y no se ha procedido a la rehabilitación, procederá previamente esta, antes de ser cancelada la nota en la documentación militar personal.

Los efectos se retrotraerán a la fecha de petición.

Disposición final

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a este real decreto, que entrara en vigor el día siguiente al de su publicación.

Dado en Madrid a 19 de mayo de 1989.



### **2.1.5.- La Sanción Administrativa Disciplinaria como Acto Administrativo.-**

El acto administrativo produce efectos administrativos, es decir que crea derechos y obligaciones para ambas partes: La Administración y el Administrado. La actividad administrativa productora de efectos no sólo se manifiesta a través de los actos administrativos, sino también por medio de los hechos administrativos, tratos administrativos, simples actos de la administración y reglamentos administrativos.

Los efectos de los actos administrativos son:

- a) Directos o Indirectos: Los efectos jurídicos del acto administrativo son directos; surgen de él mismo, no están subordinados a la dación de un acto posterior. El acto debe producir por sí efectos jurídicos respecto del administrado; por ello los dictámenes, pericias, informes, propuestas, etc., no constituyen actos administrativos, sino simples actos de administración o meros actos preparatorios que se emiten para hacer posible el acto administrativo principal, el cual tiene en su caso un efecto jurídico directo e inmediato.
- b) Individuales o generales: Característica fundamental del acto administrativo es que produce efectos jurídicos subjetivos, concretos, de alcance sólo individual, a diferencia del reglamento, que produce efectos jurídicos generales.
- c) Actuales o potenciales: Los efectos jurídicos deben ser actuales. No se trata de una actividad a producir efectos como si éstos pudieran ser potenciales. Los efectos jurídicos no se aprecian exclusivamente con relación a la voluntad del agente, sino que se pueden llegar a producirse con independencia de ella y tiene que estar contenido y previstos en la propia emisión del acto.

- d) Internos o externos: Los efectos jurídicos pueden ser con relación a los particulares, agentes, órganos o entes administrativos. Por lo tanto, los efectos jurídicos, según los casos, se producen fuera o dentro del ámbito de la Administración Pública.
- e) Públicos o Privados: Los efectos jurídicos resultan primordialmente dentro del derecho público. El derecho privado es aplicable en la actuación de los órganos administrativos de modo limitado, ya que en todos los casos es invariable la aplicación del derecho público en cuanto a la competencia, voluntad y forma del acto; sólo el objeto, y en parte, es regulado por el derecho privado.
- f) Provisionales o definitivos: El acto administrativo alude al fondo de la cuestión planteada, diferenciándolo del acto de mero trámite, que, como su nombre lo indica, concierne al desenvolvimiento del trámite, posibilitándolo u obstaculizándolo. El acto definitivo decide, resuelve o concluye con la cuestión. El acto provisorio, bien puede encerrar una decisión o una cuestión de fondo, pero no es definitivo.
- g) Futuros o retroactivos: Los efectos jurídicos del acto son por lo común para el futuro, pero pueden ser retroactivos, siempre que no lesiones derechos adquiridos, cuando se los emita en sustitución de otro revocando o cuando favoreciesen al administrado.
- h) Lícitos o ilícitos: Los vicios jurídicos tornan al acto ilegítimo, inválido, antijurídico, pero no por ello dejan de producir efectos jurídicos ni lo privan de su condición. Puede ser un vicio impugnabile administrativa y judicialmente que engendre responsabilidad extracontractual del Estado por la producción de efectos antijurídicos, sin dejar de ser acto administrativo por esa circunstancia hasta que se le declare su nulidad absoluta o relativa.

- i) Definitivos o finales: El acto administrativo definitivo o decisión es el que resuelve sobre el fondo de la cuestión planteada y el que, siendo de trámite, impide totalmente la continuación del reclamo interpuesto.

Una vez agotados todos los medios de impugnación establecidos en la norma de procedimiento administrativo, es la denominada resolución final, que recaba de la Administración la última palabra, por haber sido dictada por la más alta autoridad administrativa competente. Pero esta puede ser impugnada en la vía jurisdiccional.<sup>6</sup>

Es por ello que a la Sanción Administrativa Disciplinaria se le considera un Acto Administrativo, por cuanto, si bien no está enmarcado dentro de una Resolución Administrativa, esta reúne alguno de los requisitos para ser considerado como un Acto Administrativo, ya que concluye a través de él, un procedimiento un breve, que determina en la sanción o no de un personal militar, la misma que puede ser impugnable, si bien es cierto, esta Sanción Administrativa Disciplinaria, no contiene en su cuerpo los requisitos básicos que debe contener una Resolución Administrativa, este hecho no es de relevancia para la presente Tesis, ya que la misma se centra en la afectación de un derecho fundamental a través de un acto administrativo, sea válido o no.-

## **2.1.6 La Disciplina y los Reglamentos Militares**

### **2.1.6.1 Concepto de Disciplina.**

Es el pilar de toda Institución Armada, sin disciplina no existirían los ejércitos y solo serían una masa de hombres armados, con ello se busca que todo el personal subordinado cumpla las órdenes sin dudas y murmuraciones, y que la responsabilidad directa de las órdenes recaea en la figura del Superior que las emana.

---

<sup>6</sup> MOSCOS() TORRES, Víctor. Derecho Administrativo y Administración Pública. Pag. 119. Año 2005. Editorial Cumbre. Lima.

Es por ello que la Disciplina es vista desde varios puntos de vista, pero el que nos interesa es del punto de vista del militar que la impone, y de la visión de la vigencia constitucional.

Del militar que la impone, resulta el mejor método para conservar el orden en la Unidad o dependencia militar donde se desenvuelve el personal militar, porque a través de ella (sanción) puede corregir una falta administrativa en forma directa, produciendo un efecto multiplicador frente al resto del personal.

Desde el punto de vista Constitucional, se ve como un acto administrativo en forma diaria vulnera un derecho a la libertad personal del personal militar que presta servicios en las Instituciones Armadas, sin que nadie haga algo para remediarlo, pese a existir este precepto constitucional, el Gobierno Central, ni las Instituciones Armadas, hacen poco o nada para dar solución a dicho problema.

#### **2.1.6.2 Disciplina en las Fuerzas Armadas.**

Es el pilar de toda Institución Armada, sin disciplina no existirían los ejércitos y solo serían una masa de hombres armados, con ello se busca que todo el personal subordinado cumpla las órdenes sin dudas y murmuraciones, y que la responsabilidad directa de las órdenes recaerá en la figura del Superior que las emana.

Y como pilar en las Fuerzas Armadas, es común tratar con ella a diario, en cualquier etapa y desenvolvimiento del trabajo diario, por ello el personal militar debe aprender a trabajar.

La Disciplina Militar, constituye una regla de vida, siendo esencial para el mantenimiento del orden y cohesión que debe existir en las Fuerzas Armadas, más aún debe ser severa, pero para que ello funcione deben estar dentro de los principios capitales de nuestro orden jurídico, propio de un Estado de Derecho, en tal sentido esta debe ser severa respetando el ordenamiento jurídico.

En la legislación comparada, la Constitución Italiana, establece en su artículo 529 que el ordenamiento de las Fuerzas Armadas se amoldará al espíritu democrático de la República, comentando a Bachelet expresa que el espíritu democrático de la República tiene como fundamento de la convivencia social la "dignidad" de la persona humana, dignidad que debe ser tutelada aún del más intenso rigor de la disciplina militar.

El doctor Julio Botet, dijo al respecto "Por más delicado que se considere en el orden militar, todo lo que afecta su organización o disciplina, no es de olvidarse que el ejército se forma por hombres y que tienen garantías y derechos consagrados por nuestra Carta Funda .en tal, que no es dado desconocer, ni someter a la existencia de reglamentaciones más o menos severas o previsoras".

La disciplina militar se impone como ineludible condición de orden y cohesión que deben caracterizar a las fuerzas armadas. Pero so pretexto de ello de que ello afectaría a dicha disciplina, no es lícito adoptar en contra de un militar actitud alguna que afecte su dignidad personal, derecho a la personalidad o que implique un agravio a principios generales del derecho consagrados por la Constitución Nacional, verbigracia el derecho a la libertad integral del ciudadano, en cuyo mérito toda limitación a la libertad debe surgir expresamente de una norma legislativa.<sup>7</sup>

### **2.1.6.3 Efectos de la Disciplina frente a los Derechos.**

La disciplina afecta directamente los derechos de libertad personal, al privar al militar de este derecho fundamental, por cuanto su derecho al tránsito se limitado dentro de las instalaciones militares.

Como hemos precisado la disciplina es el mecanismo conocido más eficiente por el personal militar para poder conseguir que el personal militar subordinado cumpla con su misión, ya que produce varios efectos:

---

<sup>7</sup> MARIENHOFF, Miguel S.. Tratado de Derecho Administrativo. Pag. 553.

- a) el primero un efecto moral, porque afecta directamente a la persona sancionada;
- b) el segundo efecto es uno multiplicador, porque el resto del personal militar conoce de la sanción y sabe que en cualquier momento pueden ser materia de una igual sanción;
- c) el tercer efecto es el privar de la libertad personal al sancionado, por el tiempo que dure la sanción impuesta, no pudiendo salir de su centro de trabajo;
- d) el cuarto efecto, es para con su familia ya que no tienen en su hogar al padre o madre de familia para compartir con ellos los ratos de descanso;
- e) el quinto efecto, es uno más lejano que al final del año al momento de ser evaluado el personal militar, él sancionado va a ver afectado su evaluación por la sanción impuesta, y
- f) el sexto efecto, es uno más permanente ya que en su nota de evaluación para el ascenso se le disminuirá su coeficiente por la sanción impuesta, este efecto dura aproximadamente siete años.

Por ello es que este mecanismo es tan eficiente, por que produce tantos efectos que no quiere, ser sancionado, es así que a la sanción se le conoce como que mueve montañas, y que el personal militar trabaja y es mago por las sanciones que se les puede imponer, ya que hace maravillas y cosas inexplicables para cumplir la misión que se le ha encomendado.

#### **2.1.6.4 Jurisprudencia de la Disciplina.**

Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de Febrero del 2006, en la Causa N° 06167-2005-HC, mediante esta Sentencia el Tribunal Constitucional regula claramente que hay procedimientos que en las instancias administrativas y jurisdiccionales que las partes deben seguir obligatoriamente, a fin de no ver perjudicados su derecho a la defensa y a un debido proceso; sin embargo, el hecho de presentar medidas dilatorias ante las entidades buscando que se retrase la investigación o perjudicándola, no puede ser utilizado como argumento de defensa o causal de nulidad para solicitar que dicho procedimiento sea declarado nulo, por cuanto él recurrente conocía de los hechos investigados y los escritos presentados hacen suponer que tenía conocimiento de las etapas

por las cuales estaba transcurriendo el proceso de investigación, y que no quiso presentarse a fin de dilatar y perjudicar la investigación, esto demuestra que ante toda instancia administrativa y jurisdiccional la secuencia en la investigación, se rige bajo principios rigurosos como el de la disciplina, y que ella regula los procedimientos y su incumplimiento deriva en perjuicios provocados o no, los cuales deben ser asumido por las partes del proceso,-

#### **2.1.6.5 Jurisprudencia respecto a la Igualdad**

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de fecha 01 de abril del 2005, y recaída en la Causa N° 0048-2004-AI, señala: La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: «(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se

proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

Por otro lado, debe tenerse en consideración que el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como "discriminación positiva o acción positiva *affirmative action*". La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado.

Ahora bien, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al test de razonabilidad.



El test de razonabilidad o proporcionalidad, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.º C-022/96), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través tres sub principios: 1. sub principio de idoneidad o de adecuación; 2º sub principio de necesidad; y 3. sub principio de proporcionalidad - *strictu sensu*. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras.

Sub principio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este sub principio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

Asimismo, en la Sentencia de fecha 28 de junio del 2004, recaída en la Causa N° 0606-2004-AA, señala:

El derecho de igualdad, a su vez, tiene dos dimensiones: formal y material. En su dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley).

En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o las circunstancias en las que un sujeto se

encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual. Por tanto, el problema es determinar qué tratos diferenciados son constitucionalmente admisibles, lo que deberá de analizarse en cada caso concreto conforme al test de razonabilidad y proporcionalidad.

#### **2.1.6.7 Experiencias de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú frente a las Sanciones Disciplinarias.**

##### **- La Policía Nacional del Perú frente a las Sanciones Disciplinarias.-**

El Tribunal Constitucional, respecto a esta materia ha emitido ya una Sentencia de carácter Constitucional, recaída en la Causa N° 2050-2002-AA/TC, interpuesta por el ciudadano Carlos Israel Ramos Colque, la misma que fue emitida el 16 de abril de 2003.

Los fundamentos que la recurrente, con fecha 29 de diciembre de 2000, en representación de su hermano don Carlos Israel Ramos Colque, interpone acción de amparo contra de la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000 y la Resolución Suprema ficta derivada como consecuencia de la reconsideración formulada, con el objeto de que se declare su inaplicabilidad y se disponga la reincorporación del afectado en el servicio activo de la Policía Nacional del Perú, con todos sus derechos, beneficios, goces y preeminencias inherentes a su grado, así como el abono por el tiempo de su permanencia en Situación de Retiro hasta la efectivización de su reposición.

Refiere que actúa en representación de su hermano por carecer éste de documento de identidad. Manifiesta que a consecuencia de hechos suscitados en la ciudad de Puno con fecha 25 de noviembre de 1998, su hermano, quien se venía desempeñando como Alférez de la Policía Nacional del Perú, fue comprendido en una arbitraria investigación, en la que no se tuvo en cuenta que su condición era la de víctima y no la de agresor.

Producto de ello fue sancionado disciplinariamente hasta en tres oportunidades por los mismos hechos: el 3 de enero de 1999 con 6 días de arresto simple; el 12 de enero de 1999 con 15 días de la misma medida y el 4 de octubre de 2000 con el pase a la Situación de Retiro por Medida Disciplinaria. En dicho contexto, tampoco se ha tomado en cuenta que el Consejo Superior de Justicia de la IV Zona Judicial de la PNP, con sede en Cusco, no sólo lo absolvió de las supuestas infracciones funcionales, sino que incluso mandó abrir instrucción contra otro efectivo policial, por haber cometido, en su agravio, delito de insulto al superior, conforme lo acredita mediante instrumentales que adjunta.

El Procurador Público del Ministerio del Interior a cargo de los asuntos judiciales de la Policía Nacional contesta la demanda negándola y contradiciéndola, por considerar que el demandante fue pasado a la Situación de Retiro por Medida Disciplinaria, a causa de haber incurrido en graves faltas contra el servicio, el honor, el decoro y los deberes policiales. Por otra parte señala que lo resuelto en la vía judicial es independiente y no afecta lo resuelto en la vía administrativa

El Primer Juzgado Especializado en Derecho Público, a fojas 85, con fecha 30 de noviembre de 2001, declaró fundada la demanda, por considerar que, si bien mediante la cuestionada Resolución Suprema se anularon las sanciones impuestas, ello no implica que no se esté frente a la vulneración del principio ne bis in idem, agregando que existe relación de causalidad y dependencia recíproca entre el procedimiento administrativo disciplinario seguido contra el actor y el proceso que se le siguió ante la IV Zona Judicial de la Policía del Cusco.

La recurrida revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, por estimar que en el proceso de amparo no existe etapa probatoria y por ello la posibilidad de tutela de derechos queda condicionada a que el acto lesivo sea manifiestamente arbitrario.

### **Argumentos en que sustentó la demanda**

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP, de fecha 4 de octubre de 2000, mediante la cual se resolvió pasar al beneficiario de la situación de actividad a la de retiro por medida disciplinaria, lo que se considera que viola su derecho constitucional al debido proceso.

2. Al desestimar la pretensión, la recurrida ha sostenido que la alegada violación del principio del ne bis in ídem no es tal, pues las fuerzas armadas y policiales, por su estructura jerarquizada, especialidad y disciplina, se rigen por sus propias leyes, conforme lo establece el artículo 168º de la Constitución y, por lo tanto, el artículo 101º del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP puede disponer que las sanciones impuestas sean elevadas por el Jefe Superior, cuando se considere que la sanción aplicada es insuficiente.

3. Diversos son los temas que detrás del recurso extraordinario se plantean. A saber, a) los alcances del artículo 168º de la Constitución y, en particular, la situación en la que se encuentran las leyes y reglamentos que regulan el status jurídico de los miembros de la Policía Nacional del Perú; b) el régimen jurídico de las medidas disciplinarias aplicables en dicho órgano policial; c) los alcances y el ámbito protegido y, d) el derecho de defensa y el procedimiento administrativo disciplinario.

### **Constitución, Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú y Reglamento Disciplinario**

## **Alcances del artículo 168° de la Constitución Política del Estado**

4. El artículo 168° de la Constitución preceptúa que "Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú". Mediante dicha disposición, la Constitución ha establecido una reserva de ley para la regulación de todo lo que concierne a la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Lo que quiere decir que la Constitución ha encomendado al legislador ordinario para que por medio de una ley ordinaria o una norma con rango de ley, que cuente necesariamente con alguna forma de intervención parlamentaria en su gestión (v.gr. a través del decreto legislativo) regule las materias a las que se ha hecho referencia.

El artículo 168° de la Constitución, por cierto, no sólo alude a que mediante una ley se regulen las materias que ella señala. También menciona a los reglamentos respectivos. Sin embargo, tal alusión a los reglamentos no puede entenderse en el sentido de que estos tengan el mismo rango que las leyes para diseñar el ordenamiento jurídico de las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú. A juicio del Tribunal, tal capacidad para regular, mediante reglamento, lo concerniente la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de tales institutos armados

En segundo lugar, cuando el artículo 168° de la Constitución refiere que la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, habrán de ser determinadas por las leyes y los reglamentos respectivos; con ello se enfatiza que el ámbito de los institutos armados y el status jurídico de los profesionales de las armas debe ser objeto de una regulación particular, no en el sentido de conferir privilegios y otorgar inmunidades, sino para legislar asuntos propios de los institutos armados y policiales.

Como tantas veces se ha afirmado, no hay norma jurídica alguna que pueda encontrarse desligada de la Norma Suprema, que es la que preside, informa y

fundamenta la validez de todo el ordenamiento jurídico. Y de esa situación no se escapan, ni podrían hacerlo, las leyes y reglamentos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. De ahí que el Tribunal Constitucional no comparta el criterio sostenido por la recurrida, según el cual si las leyes y reglamentos que regulan el régimen disciplinario de la PNP establecen que se pueden elevar e imponer sanciones violatorias del principio del ne bis in ídem, ellas están justificadas en el artículo 168° de la Constitución.

### **Derechos constitucionales de los miembros de la Policía Nacional del Perú y potestad disciplinaria**

5. Sin embargo, tal necesidad de que las leyes y reglamentos de la Policía Nacional del Perú y, en general, de las Fuerzas Armadas, no sean bloques o compartimientos aislados de la Constitución Política del Estado, tampoco quiere decir que el régimen disciplinario militar, en lo que aquí interesa poner de relieve, esté exento de un tratamiento singular, derivado no sólo de la referencia explícita a que las leyes y reglamentos respectivos normen "la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional" (artículo 168° de la Constitución), sino, fundamentalmente, de los principios especiales a los que están sujetos tanto las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional del Perú. Y es que el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supra ordenación de un órgano como la Policía Nacional, que se encuentra estructurado jerárquicamente, impone que los derechos de sus miembros deban sujetarse a determinadas singularidades.

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España, en doctrina aplicable mutatis mutandis, en el ámbito policial y "militar", en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales [ comunes] , pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar" (STC 21/1981).

6. Las medidas disciplinarias que puede imponerse a los miembros de la PNP, según el artículo 90° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, son: amonestación verbal, amonestación escrita, apercibimiento, arresto simple, arresto de rigor, pase a la situación de disponibilidad y pase a la situación de retiro.

**EL Arresto de Rigor como administrativa privativa de la libertad dictada por un funcionario carente de facultades jurisdiccionales.**

7. Aunque al actor se le haya aplicado inicialmente arresto simple, uno de los temas recurrentes en el ámbito del ejercicio de las potestades disciplinarias en sede policial tiene que ver con el denominado por el Reglamento del Régimen Disciplinario "arresto de rigor". Se trata de una sanción disciplinaria que se aplica al personal de la Policía Nacional del Perú por haber "cometido grave falta que afecte la moral, la disciplina o el servicio policial" y, según expresa el artículo 109° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 009-97-IN, "impone al infractor la obligación de su cumplimiento sin interrupción en un ambiente especial de la instalación policial indicada por la Superioridad cumpliendo tareas señalada específicamente...".

Está fuera de cualquier duda que el arresto de rigor constituye una sanción administrativo disciplinario. Así se la ha contemplado, en efecto, en el Título VI del referido Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, cuyo artículo 90° empieza afirmando que las sanciones mencionadas son, precisamente, "sanciones disciplinarias". Pero no se trata de una simple sanción administrativa, sino de una que, al imponer la obligación de sufrirla en un ambiente especial de la instalación policial indicada por la superioridad, se traduce en una restricción del ejercicio de la libertad personal de los miembros de la PNP. Y lo es, pues, sucede que durante el lapso que dure, deberá cumplirse en un "ambiente especial de la instalación".

El problema es, por tanto, analizar si tal sanción constituye una violación del derecho reconocido en el ordinal "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, prescribe que "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y do del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito". Con precepto constitucional, entre otras cosas, se garantiza que la detención de una persona, con excepción del supuesto de comisión de flagrante delito, se imponga con respeto del principio de jurisdiccionalidad, esto es, que sea dispuesto lamente por un juez competente.

Cabe, no obstante, advertir que tal garantía de la libertad personal no se extiende a cualquier supuesto de restricción, sino que está directamente relacionada con la "detención" de una persona, es decir, con medidas que supongan una privación de Illa libertad. Evidentemente, ese no es el caso ni del denominado arresto simple ni del denominado arresto de rigor, que más bien constituyen o implican una restricción de la libertad. Y para ambos, no es de aplicación el ordinal "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, sino su ordinal "b", a tenor del cual "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley".

Ello significa que, en la medida que el arresto simple o de rigor de los miembros de la Policía Nacional del Perú constituyan sanciones disciplinarias y se encuentren previstas en la ley, su imposición por un superior jerárquico no es, per se, inconstitucional. Y es que el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supra ordenación de un órgano como la Policía Nacional, que se encuentra estructurado jerárquicamente, exige que medidas de esta naturaleza, en cuanto no impliquen privación de la libertad personal, deban ser entendidas como consustanciales con la naturaleza de la institución a la que pertenecen sus miembros.

El mismo criterio ha tenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien en la sentencia del 8 de junio de 1976, ha establecido limitaciones a esa "acción disciplinaria por lo que se refiere a las garantías procesales, al distinguir entre arrestos que implican una restricción de libertad (los llamados simples y gravados) y aquellos-que-implican una privación-de libertad (arrestos



ostrietes)-y-establecer que en estos últimos casos han de aplicarse las garantías procesales contenidas en el artículo 6° del Convenio Europeo, extendiendo así al ámbito disciplinario castrense los derechos propios del orden penal contenidos en dichos artículos" (citado por la STC 21/1981).

De manera que, en principio, no es inconstitucional que el legislador establezca la posibilidad de que funcionarios que carecen de facultades jurisdiccionales puedan imponer las sanciones disciplinarias de arresto simple y arresto de rigor, con el objeto de salvaguardar el principio de disciplina y jerarquía castrense.

### **Arresto de rigor y violación del principio de legalidad**

8. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que el arresto de rigor, regulado por el artículo 95° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 009-97-IN, viola el principio de legalidad consagrado por el ordinal "d" del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar laminariamente tipificadas y señaladas en la ley.

El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N.° 010-2002-A1/TC), el principio impone exigencias: la existencia de una ley

(lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa).

Como se ha señalado, "Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como..." ley o norma con rango de ley. (STC de España 61/1990).

9. No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168° de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Ito (Derecho administrativo sancionador, Editorial Tecnos, Madrid 1994, Pag. 260), "provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella".

10. No es ese el caso de lo que sucede con las "faltas" que ameritarían la imposición de la sanción denominada arresto rigor. En primer lugar, el Decreto Legislativo N.º 745, Ley de Situación Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú, simplemente no contemplan los supuestos de hecho considerados

como antijurídicos, esto es, las faltas que habilitarían la aplicación de la sanción en referencia. Éstas sólo están previstas en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-97-IN, cuyo artículo 95º remite, a su vez, a diversos apartados del artículo 83º de la norma en mención.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional, por afectar el principio de legalidad, que el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional haya previsto una falta pese a no haber sido prevista por la ley de manera expresa e inequívoca.

11. En igual condición se encuentra la sanción denominada "arresto rigor". Si, como antes se ha dicho, el principio de legalidad exige la predeterminación legal no sólo las faltas sino también de las sanciones correspondientes, es obvio que al no encontrarse prevista en la ley, la sanción "arresto rigor, impuesta al actor y desprovista de cobertura legal, al ser solo enunciada en el Reglamento del Regimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, también es inconstitucional, por afectar al principio de legalidad, previsto en el 'Ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución.

### **Derecho al debido proceso y sanciones a los miembros de la Policía Nacional del Perú**

Desde luego, no sólo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquél se deben de respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino que se extiende también a sede "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a "cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos

del artículo 8° de la Convención Americana." (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

Y es que, sostiene la Corte Interamericana, en doctrina que hace suya este Tribunal Constitucional,

"si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos."(Párrafo 69). "(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas." (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)].

Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia tienen los derechos de defensa y de prohibición de ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

### **Arresto de Rigor y Arresto Simple y derecho de defensa**

13. Con excepción de los pases a la situación de disponibilidad y a la de retiro por medida disciplinaria, para cuyos casos los artículos 40° y 57° del Decreto Legislativo N.° 745 establecen que "el personal policial deberá previamente ser citado, oído y examinadas las pruebas de descargo...", respecto a la sanción de "arresto de rigor" la norma no precisa nada.

A su vez, si bien el artículo 99° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú establece que "Las sanciones, se aplicarán dentro de las formas, límites y procedimientos señalados en este Reglamento...", tampoco

el Reglamento garantiza que las sanciones a que haya lugar, sean la consecuencia de un previo procedimiento administrativo disciplinario, en el cual se respeten las garantías mínimas que integran el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a ser informado de los cargos que se imputan y de ejercer la defensa.

Como este Tribunal lo ha señalado en el Exp. N°. 1003-1998-AA/TC, "La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la 'observancia de los derechos fundamentales". Por ello, la Administración, en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al estricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman.

No obstante, la necesidad de que en la aplicación de una sanción administrativa se respeten las garantías mínimas del derecho al debido proceso, tampoco es garantizada por las reglas establecidas en los artículos 131° y siguientes del mismo Reglamento, toda vez que allí simplemente se precisa que los Consejos de Investigación "son organismos permanentes encargados de estudiar y determinar la responsabilidad administrativa-disciplinaria del personal de la Policía Nacional...".

Más aún, si hemos de atenernos a una interpretación literal del artículo 88° del referido Reglamento [según el cual "(...) Las faltas que revistan gravedad serán sancionadas previa investigación"], es posible advertir incluso que las sanciones sobre faltas consideradas por el superior como no graves, como por ejemplo el arresto simple, no detalla la necesidad de que se realice una previa investigación.

Tal situación, vulnera el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución, por cuanto permite que los miembros de la Policía Nacional, sean objeto de sanciones administrativas, sin que previamente ejerzan sus derechos constitucionales procesales básicos y, particularmente, el derecho de defensa.

14. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional no considera que el derecho de defensa en tales casos deba ser ejercido en idénticas condiciones a las del proceso penal ordinario. Ello porque, como antes se ha indicado, "en el ámbito militar, (...) el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la no reacción frente a las infracciones de la disciplina militar". Pero tal singularidad justifica el extremo opuesto, es decir, que no sea de recibo el reconocimiento y respeto del derecho a no quedar en un estado de indefensión total.

Por tanto, el Tribunal considera que es lícito que el legislador realice un tratamiento diferenciado en función del tipo de falta que se cometa. Y así, por ejemplo, si se trata de una falta leve, disponga que la autoridad o superior que tenga competencia para sancionar una falta leve deba seguir un procedimiento preferentemente oral, en el que se verifique la exactitud de los hechos, se garantice el derecho de defensa y, de ser el caso, la resolución de sanción adoptada le sea notificada por escrito al procesado. Y, en caso se trate de una falta grave, que el procedimiento sea escrito y que se garantice el derecho de defensa, además de otras garantías absolutamente imprescindibles con el tipo e intensidad de la sanción que pudiera imponerse.

15. Las mismas consideraciones, mutatis mutandis, se aplican al caso del denominado arresto simple. Según el artículo 95° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional, tal sanción disciplinaria "es aplicado[ a] por faltas que no revisten gravedad o por incurrir en alguna de las señaladas en el presente reglamento y que afecten a la moral, la disciplina o el servicio policial", en tanto su artículo 108° establece que "El arresto simple impone al infractor la

obligación de su cumplimiento sin interrupción, en la Unidad donde presta servicios o donde lo señale la superioridad, sin menoscabo del servicio que debe cumplir...".

Que su imposición actual se realiza con desconocimiento del derecho de defensa, se comprueba con el sentido interpretativo del artículo 88° del referido Reglamento, según el cual "(...) Las faltas que revistan gravedad serán sancionadas previa investigación"; es decir, las faltas consideradas por el superior como no graves, como por ejemplo sucede con el arresto simple, serán sancionadas sin necesidad de una previa investigación.

A juicio del este Colegiado, ni siquiera la necesidad de preservar los principios de disciplina y jerarquía de la Policía Nacional del Perú justifica que las sanciones disciplinarias respectivas que puedan dictarse a sus integrantes se impongan sin respetar el derecho de defensa. Autoridad, disciplina y respeto del principio de jerarquía no puede entenderse como franquicia para sancionar en condiciones de indefensión.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional que, en la medida en que el recurrente fue sancionado con arresto simple, y entre tanto no se dicte una ley compatible con la Constitución, las faltas que se encuentren legalmente previstas deberán sancionarse con la realización de un previo procedimiento administrativo disciplinario que, de no contar con reglas específicas de tramitación, habrá de sujetarse a lo que dispone el artículo 239° de la Ley N.° 27444, esto es, aplicándose las garantías del debido proceso administrativo, regulado por la Ley del Procedimiento Administrativo General antes citado.

**Ne bis in idem y sanciones a los miembros de la Policía Nacional del Perú.  
El pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria**

16. Por otro lado, se ha cuestionado la infracción del principio del ne bis in idem. A juicio del recurrente, tal violación se habría producido como consecuencia que, pese haber sido sancionado originalmente con 6 días de arresto simple [la que

después amplió a 15 días], con posterioridad, mediante la Resolución Suprema N.º 0544- )00-IN/PNP, se dispuso su pase de la situación de actividad a la de retiro por medida disciplinaria.

Por tanto, a juicio del Tribunal, dos son, prima facie, las cuestiones que deben analizarse. Por un lado, los alcances que en el Decreto Legislativo N.º 745 se ha dado al pase a la situación de retiro y, de otro, si con su aplicación al recurrente, se afectó o no el derecho a no ser sancionado dos veces por un mismo hecho.

Antes, sin embargo, el Tribunal Constitucional considera necesario evaluar la sanción disciplinaria del pase a la situación de disponibilidad, toda vez que, por un lado, ésta precede a la del pase a la situación de retiro; y, de otro, para determinar si, en el caso, la administración policial violó el principio de proporcionalidad al sancionar con el pase a la situación de retiro, no obstante existir una sanción como pase a la situación de disponibilidad.

### **El pase a la situación de disponibilidad de los miembros de la Policía Nacional Perú.**

17. El recurrente alega que se le ha pasado a la situación de disponibilidad por ida disciplinaria. Dicha sanción disciplinaria está delimitada por el artículo 40º Decreto Legislativo N.º 745, a tenor del cual se aplicará "por faltas graves contra servicio, cuando la conducta del personal policial afecte el honor, decoro, deberesales y por actos de hostigamiento sexual, independientemente de la sanción que pudiera corresponderle, si el hecho o hechos que se le imputan están previstos como delito, previa recomendación del Consejo de Investigación...".

Sin embargo, el pase a la situación de disponibilidad no sólo tiene la naturaleza de a disciplinaria. El artículo 41º del mismo decreto legislativo prevé la posibilidad de que se pueda pasar a dicha situación a un miembro de la PNP, cuando así lo disponga una resolución judicial que haya quedado consentida y ejecutoriada, y sancione con separación temporal del servicio como pena principal o accesoria, o con pena privativa de la libertad...". Es decir, también



constituye una sanción judicial y, además, se puede aplicar incluso cuando, pese a no haberse señalado en la sentencia que el pase a la situación de disponibilidad constituye parte de la pena (principal o accesoria), el miembro de la Policía Nacional haya sido condenado con pena privativa de la libertad.

Este Tribunal no considera que sea inconstitucional el pase a la situación de disponibilidad de un efectivo policial, luego que éste fue condenado mediante resolución judicial firme a pena privativa de la libertad pues, como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España, si "la tarea propia de la policía... es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial", entonces, "la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir... pues no cabe disociar totalmente la ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento (...). La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía ... es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe el principio *ne bis in idem*." (STC 234/1991).

Menos aún puede cuestionarse la legitimidad constitucional del pase a la situación de disponibilidad porque, además de ser una sanción disciplinaria, también puede constituir una pena principal o accesoria, impuesta a través de una resolución judicial que haya quedado consentida y ejecutoriada.

Sí, en cambio, el Tribunal considera que es inconstitucional el artículo 40º del Decreto Legislativo N.º 745, en la parte que estatuye que el pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria puede aplicarse "si el hecho o hechos que se (...) imputan legalmente están previstos como delito". En tal supuesto, a diferencia de lo preceptuado por el artículo 41º del mismo decreto legislativo, el pase a la situación de disponibilidad como sanción disciplinaria no es consecuencia de que al sancionado se le haya impuesto una condena a través de una resolución judicial que haya quedado firme; sino del hecho que simplemente se le haya imputado (y no declarado judicialmente) (a comisión de

un delito. Este Colegiado considera que así entendida la posibilidad de aplicar tal sanción disciplinaria, es violatoria del principio de presunción de inocencia, pues resulta claro que, con la sola imputación de un delito, tal presunción no pierde sus efectos, sino hasta que exista una declaración judicial de responsabilidad penal.

Ello no quiere decir que se permita que el efectivo policial sujeto a un proceso penal continúe en situación de actividad, pues es perfectamente lícito, si es que se compromete a las tareas constitucionalmente reservadas a la Policía Nacional del Perú, que éste sea pasado a la situación de disponibilidad, durante todo el lapso que dure la realización de dicho proceso judicial. Pero en este último caso, el pase a la situación de disponibilidad no puede entenderse como una medida disciplinaria —pues no hay falta administrativa declarada, ni tampoco puede considerarse como aplicable el plazo previsto en el artículo 47° del Decreto Legislativo N°. 745, según el cual "No podrá volver a la situación de actividad y pasará a la situación de retiro, el personal que haya permanecido, por cualquier causa o motivo, 2 años consecutivos en la situación de disponibilidad". Lo que significa, consecuentemente, que si no existe una resolución judicial que declare la responsabilidad penal del procesado, cualesquiera sean las razones para su dictado, el pase a la situación de disponibilidad deberá revocarse inmediatamente.

Y no puede ser aplicable el artículo 47° del Decreto Legislativo N.º 745, pues una interpretación constitucionalmente conforme de dicho dispositivo debe entenderse como aplicable sólo a los casos de sancionados administrativa o penalmente, pero no para aquellos donde el pase a la situación de disponibilidad debería ser, por decirlo así, una medida cautelar, que tiene por objeto evitar que la actividad del efectivo policial sujeto a un proceso judicial pueda comprometer de una u otra forma la efectividad y eficacia de los servicios y tareas constitucionalmente asignadas a la Policía Nacional del Perú. Y, de otro lado, porque cuando en el artículo 47° del Decreto Legislativo N.º 745 se alude a que no podrá volver a la situación de actividad, "el personal que haya permanecido, por cualquier causa o motivo, 2 años consecutivos...", tal referencia a "cualquier

causa o motivo" ciertamente no comprende la hipótesis de medida cautelar con que debe entenderse, para este caso, el pase a la situación de disponibilidad, sino, esencialmente, a faltas o delitos declarados mediante resolución judicial firme.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera, que es inconstitucional el artículo 40° del Decreto Legislativo N.º 745, en la parte que establece "si el hecho o hechos que se le imputan legalmente están previstos como delito". Asimismo, es inconstitucional que no se haya previsto la posibilidad de aplicar el pase a la situación de disponibilidad como medida cautelar, en los casos a los que antes ha hecho referencia este Tribunal.

No es el mismo caso, desde luego, si la sanción disciplinaria de pase a la situación de disponibilidad se deriva del hecho de que, con independencia de la imputación de haber cometido un delito que por si solo no basta para sancionar disciplinariamente, se adopta como consecuencia de haberse infringido además es interés legítimos de la institución policial, que se encuentren previstas en la ley como faltas administrativas. Es decir, que esos mismos hechos constituyan la infracción de otros tantos intereses y bienes jurídicos propios de la institución a la que pertenecen. Sin embargo, en tal caso, no es la imputación de un delito la que amerita la imposición de la sanción del pase a la situación de disponibilidad, sino, concretamente, la infracción de reglas disciplinarias.

No obstante, en una hipótesis semejante, el Tribunal Constitucional considera que cualquier sanción administrativa que pudiera imponerse, sólo podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un ilícito (penal), sin embargo, la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial.

Si por el contrario, se produjese un supuesto de concurso aparente entre la infracción disciplinaria y la infracción penal, esto es, que con los mismos fundamentos se pretendiera sancionar penal y administrativamente a un

miembro de la PNP, en ese caso, el procedimiento administrativo disciplinario deberá suspenderse y el órgano administrativo se sujetará a lo que se resuelva en sede judicial. Ello ocurre, especialmente en el ámbito de la jurisdicción militar, pues no sola tiene competencia para juzgar los denominados delitos de función, sino también para sancionar por faltas disciplinarias previstas en el Código de Justicia Militar y en las leyes de la materia.

### **El principio del ne bis in ídem como contenido del derecho al debido proceso**

18. El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del ne bis in ídem "procesal", está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución. Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual:

“(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:

“(...)

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

19. El principio *ne bis in ídem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

a) En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto

que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías del derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.º 6) a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

b) En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), "(...) El principio *nom bis in ídem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un

enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado" (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad.

20. En el caso de autos, el recurrente alega haber sido objeto de una doble sanción disciplinaria. A su juicio, el hecho de que se le haya impuesto la sanción de 6 días de arresto simple [posteriormente elevada a 15 días] y después que se le pasara a la situación de retiro, afecta el principio del ne bis in ídem material, toda vez \*que la segunda sanción se sustentó en los mismos fundamentos que sirvieron a la primera.

21. Por su parte, la demandada sostiene que tal acto administrativo se expidió al amparo de la ley y, especialmente, de conformidad con el Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP. El reglamento, en efecto, establece en su artículo 100° que "Cuando [el Superior] estime que la naturaleza de la falta requiere de una sanción mayor a lo que está facultado, elevará al Escalón Superior un Parte fundamentando, remitiendo la Orden de Sanción impuesta y solicitando la aplicación de una sanción más severa". A su vez, el artículo 101° del mismo Reglamento declara que "Las sanciones impuestas pueden ser elevadas por el Jefe de Escalón Superior, cuando considere que la sanción aplicada es insuficiente"; mientras que su artículo 103°, dispone que "Una sanción puede ser anulada o variada en su naturaleza .por el Superior que la impuso o por los Escalones Superiores a éste, previa reclamación fundada y por escrito del subordinado sancionado...".

22. El Tribunal Constitucional considera que, en efecto, la demandada sancionó al recurrente conforme a las normas del Reglamento del Régimen Disciplinario

de la Policía Nacional del Perú. Como se ha visto en el fundamento anterior, efectivamente autorizan al superior jerárquico no sólo a imponer el arresto simple, sino que, una vez impuesta y aplicada tal sanción, ésta pueda elevarse, anularse o variarse.

Pero lo que se cuestiona no es que el acto administrativo reclamado se haya expedido por un órgano incompetente o, acaso, que haya sido dictado con violación de la ley o del reglamento. Lo que se cuestiona es si éste es o no compatible con los derechos constitucionales, que es otra cosa sustancialmente distinta. Y es que, como en reiteradas oportunidades se ha enfatizado, en el amparo no se juzga si un acto se expidió o no de acuerdo a la ley o, acaso, con el reglamento que la desarrolla, sino, esencialmente, si aquél afecta o no el contenido constitucionalmente protegido de un derecho reconocido por la Norma Suprema. Y es que en muchas ocasiones la legalidad de un acto administrativo no es sinónimo de constitucionalidad del mismo, ya sea porque el acto administrativo es expedido al amparo de una norma legal manifiestamente incompatible con la Constitución, o bien porque tratándose de una ley o norma con rango de ley compatible con ella sin embargo, su aplicación riñe con la *Lex Legum*.

23. Tal es el caso de lo que ha sucedido con el recurrente. Tratándose de un acto administrativo compatible con el Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, ello no significa que el Reglamento y, por tanto, los actos expedidos a su amparo se encuentren conformes con la Ley Suprema. De una interpretación sistemática de los artículos 99° y 101° del dicho Reglamento, en efecto, es posible deducir que, a su amparo, basándose en los mismos hechos y por los mismos fundamentos, un miembro de la Policía Nacional del Perú puede ser sancionado cuando menos dos veces. Así se desprende, por ejemplo, cuando en el artículo 101 del Reglamento se indica que la sanción impuesta puede ser elevada por el Jefe de Escalón Superior, si éste considera que la sanción aplicada, esto es, la que ya se terminó de ejecutar, resulte insuficiente.

Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir, cuando la administración policial, al amparo de dicho precepto reglamentario, anula la sanción anterior e impone una nueva sanción, viola el principio del ne bis in idem pues se trata de una anulación que tiene carácter meramente declarativo, ya "que por mucho que se declare que las anteriores sanciones que se impusieron quedaron sin efecto, la naturaleza de ellas (sanciones administrativas privativas de la libertad) no son sanciones disciplinarias que puedan quedar sin efecto como consecuencia de la declaración de un acto administrativo, dado que éstas se ejecutaron irremediabilmente el día (o los días) que se impusieron".

En definitiva, este Colegiado considera que es inconstitucional la disposición del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP que autoriza que, por un mismo hecho, y siempre que se haya afectado un mismo bien jurídico, se pueda sancionar doblemente; como es inconstitucional que, como sucede en el presente caso, a su amparo se haya pasado al recurrente a la situación de retiro, pese a que sobre los mismos hechos y sobre el mismo fundamento, fue objeto de una sanción disciplinaria previa.

Sobre el particular, se debe dejar claramente establecido que el Tribunal Constitucional no considera que sea inconstitucional el que, con sujeción al principio de legalidad, se habilite la posibilidad de complementar una sanción que, a juicio de las autoridades competentes, resulte manifiestamente insuficiente respecto a los bienes jurídicos que hayan podido quedar afectados como consecuencia de la comisión de una falta. Más aún cuando se trata de una institución que, como la Policía Nacional del Perú, se encuentra informada por principios muy singulares, como los de disciplina y jerarquía, a la que constitucionalmente se encomienda 'tareas tan delicadas como las de garantizar, mantener y restablecer el orden interno; prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado, y prevenir, investigar y combatir la delincuencia, conforme lo preceptúa el artículo 166° de la Constitución.



Pero una cosa es aplicar una doble sanción por la lesión de un mismo bien jurídico, y otra muy distinta es que, impuesta una sanción que aún no se ha ejecutado; por la gravedad que la falta pueda revestir, ella pueda ser revisada y complementada. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que ni siquiera la especial situación en la que se encuentran dependientes o funcionarios policiales, autoriza a que el uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre ellos se realice vulnerando los derechos constitucionales básicos de la persona.

### **Principio de publicidad, publicación de las normas y Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú**

24. Finalmente, un tema que este Tribunal Constitucional no puede eludir es el vinculado con la publicación del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú. Éste, como se ha anotado antes, fue aprobado mediante Decreto Supremo N°. 009-97-IN, publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de febrero de 1998. Su artículo 1° aprueba dicho Reglamento, que, según se desprende de éste, consta de 8 títulos, 9 capítulos, 139 artículos y 8 anexos. Su artículo 2° dispone que dicho Reglamento entrara en vigencia a partir de su publicación. En tanto que su artículo 3° deroga todas las disposiciones que se opongan a dicho decreto supremo. No obstante, y pese a haberse aprobado el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, éste no fue publicado con el decreto supremo N.º 009-97-IN.

A juicio del Tribunal, la omisión de publicar el texto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, constituye una violación del artículo 109° de la Constitución Política del Estado, que establece que "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

Si bien dicho precepto constitucional establece que es la "ley" la que tiene que ser publicada, el Tribunal Constitucional considera que en dicha frase debe entenderse, *prima facie*, a cualquier fuente formal del derecho y, en especial,

aquellas que tienen una vocación de impersonalidad y abstracción. A juicio de este Colegiado, la publicación de las normas en el diario oficial *El Peruano* es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que, una norma no publicada, no puede considerarse obligatoria.

Detrás de la exigencia constitucional de la publicación de las normas se encuentra el principio constitucional de la publicidad, que es un principio nuclear de la configuración de nuestro Estado como uno "Democrático de Derecho", como se afirma en el artículo 3° de la Norma Fundamental. Y es que lo que verdaderamente caracteriza a un sistema democrático constitucional es su naturaleza de "gobierno del público en público" (N. Bobbio), en el cual, por tanto, en materia de derecho público, la regla es la transparencia, y no el secreto.

Además, la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial *El Peruano*, está directamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de éstos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas.

La Constitución no deja al ámbito de la discrecionalidad del legislador reglamentario la regulación de esa efectiva oportunidad de conocer las normas jurídicas. Exige, por el contrario, y mínimamente, que éstas tengan que ser publicadas en el diario oficial. Por ello, estima el Tribunal que no se cumple tal exigencia, y no se satisfacen los principios de publicidad y seguridad jurídica, si la publicación sólo se realiza respecto a las normas que aprueban un reglamento, mientras el mismo permanece oculto.

En consecuencia, en la medida que la disciplina de la Policía Nacional del Perú interesa a toda la comunidad, y que un requisito de la validez del Reglamento de su Régimen Disciplinario es que éste sea publicado, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional que contra el recurrente se haya aplicado un reglamento no publicado en el diario oficial *El Peruano*.

## **Ley de Situación de la Policía Nacional del Perú y necesidad de expedirse una sentencia exhortativa**

25. Hasta antes de esta sentencia, en un amparo o, en general, en un proceso constitucional de la libertad, jamás el Tribunal Constitucional ha puesto el pronunciamiento expedido en conocimiento directo de sujetos distintos de los que participan en la controversia constitucional, toda vez que éstas tienen, prima facie, efectos inter partes, aunque sus criterios jurisprudenciales vinculen a los jueces y tribunales, tal como lo dispone la Primera Disposición General de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la naturaleza de esta resolución y, sobre todo, de los problemas constitucionales advertidos en torno al Decreto Legislativo N.º. 745 y al Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, que, dicho sea de paso, no son los únicos, recomiendan, además de notificar la presente sentencia a las partes, a ponerla en conocimiento de los órganos constitucionales respectivos a fin de que se contemple la conveniencia de introducir las modificaciones correspondientes en el Decreto Legislativo N.º 745 y en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, que permitan su adecuación a los derechos y principios constitucionales.

Después de todo, un pronunciamiento de esta naturaleza obedece a la concepción, sustentada por este Tribunal en el Exp. N.º. 0976-2001-AA/TC, de que la Constitución no es un ordenamiento neutral o desprovisto de valores fundamentales, desde el mismo momento que ha introducido un conjunto de derechos fundamentales. Por ello, este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella su orientación y su impulso.

Esto significa que los derechos fundamentales no sólo tienen una vertiente subjetiva, sino también una dimensión objetiva, pues representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional y, en esa condición, informan a la legislación, administración y jurisdicción. En esa medida, el Tribunal considera que el amparo no sólo puede entenderse como un proceso en cuyo seno se diluciden problemas que atañen únicamente a las partes que en él participen, sino como una acción de garantía en la cual subyace un orden público, representado por los derechos constitucionales cuya defensa, en el ámbito de su competencia, la Norma Suprema ha encomendado al Tribunal Constitucional.

**Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional**, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica, **FALLA REVOCANDO** la recurrida que, revocando la apelada, declaró improcedente la acción de amparo; y, reformándola, la declara **FUNDADA**; en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000, y ordena que se reincorpore al demandante a la situación de actividad, con el reconocimiento de sus derechos y prerrogativas inherentes a su grado. Exhorta, de conformidad con el Fundamento jurídico N.º 21 de esta sentencia, a los poderes Legislativo y Ejecutivo para que, en un plazo razonable, adecuen las normas del Decreto Legislativo N.º 745 y el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú a los principios y derechos constitucionales. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

#### **- Fuerzas Armadas frente a las Sanciones Disciplinarias—**

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado a través de una serie de Sentencias respecto a la vigencia de las Sanciones Disciplinarias, tales como:

- Expediente 1728-2932-HC/TC  
Agraviado SO PhIP Marco Aureho Chung Gamarra.
- Expediente 2503-2006-PHC/TC  
Agraviado OM3 AP Pascual Zurita Peña.
- Expediente 824-2002-HC/TC

Agraviado SOT3 PNP Adan Flores Cabrera.

Agraviado SOT2 PNP Jorge Tirado Galvez.

- Expediente 2352-2006-PHC/TC

Agraviado PNP Rodolfo Pacora Reyes.

- Expediente 9260-2006-PHC/TC

Agraviado SOT3 AP Julio Alvarez Huapaya.

- Expediente 07154-2006-PHC/TC

Agraviado AP Eliden Arcenio Meza Auja Piña.

Sintetiza en un breve análisis el Tribunal, que es una realidad que en las Fuerzas Armadas existen las sanciones disciplinarias como mecanismos de corrección de los actos de indisciplina que incurren el personal militar que presta servicios en las Instituciones Armadas, las cuales tienen como sustento normativo lo dispuesto en el artículo 168 de la Constitución Política del Estado, el cual señala que la leyes y reglamentos respectivos determinen la organización, las funciones, las especialidades, la preparación, el empleo y norman la disciplina en las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, el artículo 2 inciso 24) acápite f) de la Constitución Política del Estado, establece claramente que sólo por mandamiento del Juez se puede privar de la libertad a un ciudadano, teniendo como excepción en caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.

Lamentablemente, no se ha encontrado un pronunciamiento sobre el fondo respecto a la legalidad de las Sanciones Disciplinarias de Arresto de Rigor y de Simple, y si estas se contraponen al mandato Constitucional, pero de la lectura de la Resolución expedidas por el Tribunal Constitucional se puede apreciar la orientación que tiene el Tribunal.

#### **2.1.6.8 La Disciplina Judicial.-**

Es indispensable en todas las instituciones sociales, afirma con justeza un tratadista, y muy especialmente en la del orden judicial, como medio de

hacerse respetar y obedecer, de conservar la subordinación y disciplina y que cada uno llene cumplidamente sus respectivos deberes.

Es la facultad de corrección disciplinaria, resultando una suerte de facultad represiva que asiste a los jueces con respecto a las personas sometidas a sus funciones y de los auxiliares de ellos.

#### **2.1.6.9 Origen de los Reglamentos Militares.**

Al aparecer los primeros ejércitos apareció la necesidad de realizar una regulación, de todo el que hacer interno desde la administración de personal, hasta las tareas en las operaciones militares, estas regulaciones en un primer momento, se dieron a través de órdenes escritas y de transcripciones, sin embargo el tiempo y la complejidad de las tareas que realizan las Fuerzas Armadas, permitió la creación de documentos de carácter administrativo, que regulen en forma definitiva el procedimiento a seguir, ya que las ordenes internas y sus transcripciones, eran fácilmente modificables por el Comando que las expedía, por cuanto no existía un procedimiento previo establecido.

Sin embargo con la aparición de los Reglamentos Militares, este previo estudio y este análisis de un grupo de militares especialistas en el tema, lograron crear los procedimientos específicos para ciertas materias o misiones del Ejército, los cuales eran aprobados a través de Resoluciones Ministeriales o Resoluciones de la Comandancia General del Ejército.

Estos documentos administrativos, tienen un mayor valor y pueden ser controlados de varias formas, siendo una de sus principales características la vigencia de los mismos, durante el tiempo hasta que no sean modificados por norma del mismo nivel, y esta modificación debe ser puesta en conocimiento de todo el personal militar. Otorgando la seguridad administrativa del caso a los Reglamentos Militares, los cuales de alguna manera han ordenado el procedimiento administrativo interno, cuando no existía orden, y fue el medio de

respuesta de la Institución y de los Administrados a llevar con mejor la misión de las Instituciones Armadas.

#### **2.1.6.10 Naturaleza Jurídica de los Reglamentos.**

Desde el punto de vista cuantitativo, el reglamento es la fuente más importante de derecho administrativo.

Implica ser la manifestación de la voluntad de los órganos administrativos, generalmente provienen del Poder Ejecutivo, tratándose en consecuencia de reglamentos administrativos, que cuentan la naturaleza jurídica interna de cada actividad desarrollada.

Jurídicamente, el reglamento goza de las prerrogativas de la ley, y por consiguiente igual que la ley debe obligatoriamente cumplir las etapas de su formulación y publicación, no pudiendo entrar en vigencia antes de su publicación.

Por esa naturaleza los reglamentos están subordinados a la ley, conforme lo señalan algunos autores como D' Alessio y Forsthoff.

El Reglamento sólo puede consistir en medidas de ejecución de la ley, por lo que es un acto administrativo, siendo en consecuencia una decisión individual y concreta.<sup>8</sup>

#### **2.1.6.11 Principios no aplicables a los Reglamentos Militares.-**

Debemos establecer en primer lugar que en todas las Instituciones Públicas incluyendo a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú, se deben aplicar los mismos principios, por cuanto estos regulan a todos sin distinción los procedimientos administrativos propios de las entidades públicas, por cuanto ellos son las pautas principistas del ordenamiento jurídico - administrativo que imperan en todo el modelo de la Administración Pública, estos

---

<sup>8</sup> MARIENHOFF, Miguel S.. Tratado de Derecho Administrativo. Pag. 246.

principios dan fundamento al contenido de la función administrativa, regulando la relación jurídica — administrativa.

Estos principios son:

a) Principio de Legalidad: Por lo que los actos administrativos se deben ceñir estrictamente a la Constitución y normas legales vigentes.

b) Principio de Verdad Material: Consiste en descubrir la verdad absoluta de los hechos.

c) Principio de Dinámica Procedimental: Facultad de la autoridad para iniciar y mantener el procedimiento hasta su culminación, aún sin la participación del interesado; también se le conoce como el principio del impulso de oficio.

d) Principio de Gratuidad: Los procedimientos administrativos son esencialmente gratuitos, salvo los señalados por ley específica.

e) Principio de Informalidad a favor del administrado: El cumplimiento o no de las formas procedimentales básicas por parte del interesado, no debe ser impedimento para darle trámite y solución con las observaciones y regulaciones correspondientes.

d) Principio de Información: Los interesados o sus apoderados en cualquier momento del procedimiento tendrán derecho a conocer el estado de su trámite, para lo cual la oficina correspondiente, bajo responsabilidad brindará dicha facilidad. (Ley 27806 y 27927 sobre Transparencia y acceso a la información pública).

e) Principio de Protección Procedimental: La Administración Pública debe brindar ayuda, orientación y protección procedimental al usuario o interesado que presente desconocimiento o limitaciones en el trámite administrativo correspondiente.



f) Principio de Equidad en la Prueba: Las pruebas, certificaciones o averiguaciones de los hechos no deben constituir carga exclusiva de la parte; sino que debe comprender a la Administración en su cumplimiento.

g) Principio de Doble Instancia: Todo procedimiento administrativo debe ser conocido y resuelto en dos niveles jerárquicos sucesivos.

h) Principio de Equidad y Constante Procedimiento: Ante situaciones o circunstancias administrativas sometidas a una acción procedimental que presenten los mismos fundamentos de hecho y derecho, se deben resolver ambos invocando los mismos fundamentos que sustente el fin del proceso.

i) Principio de Imparcialidad: Los responsables de resolver hechos o actos administrativos en conflicto, deben obrar con toda imparcialidad, dentro de los fundamentos éticos del que se encuentran investidos. (Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública).

Tal como se ha señalado que los principios antes descritos no son cumplidos por los Reglamentos Militares, ya que por ser normas internas estas no han sufrido de mayores actualizaciones en los últimos tiempo, y teniendo en cuenta que los mismos fueron dados en una época de Gobierno Militar, en donde las Instituciones Armadas, no eran reguladas por ninguna entidad y no existían organismos de protección de los derechos humanos.

Esto ha derivado en que varios de los Reglamentos Militares devengan en Inconstitucionales, por cuanto los mismos fueron dado bajo el amparo de un Gobierno Militar y durante la vigencia de la Constitución de 1933, hecho que desde ya desdice de su contenido legal y normativo, y que los mismos no estén acorde con las nuevas tendencias constitucionales y legales que han aparecido en la última década.

Esto perjudica más al personal militar que presta Servicios en las Instituciones Militares, por cuanto sus derechos se ven limitados, al no estar debidamente regulados los mecanismos para la defensa de sus derechos, máxime si en estos reglamentos, aún se tratan a los derecho que tienen los militares no como

derechos propios de la persona, sino como actos de desprendimiento que el Comando Institucional tiene frente a ellos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas sentencias que el Principio del debido procedimiento administrativo debe estar regulado, y sino estuviera, se deberá tomar como base el procedimiento establecido para en su caso al Poder Judicial, esto es así, como está recomendado por la Corte Interamericana, en doctrina que este Tribunal suscribe, ha señalado que [...] si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos."(párrafo 69). "(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas." (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127) e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)]. (Cfr. 2050-2002-AA Caso Ramos Colque)

En uniforme y reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que [...] el fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional. (Cfr STC 4889-2004-AA)

#### **2.1.6.12 Amparo Normativo, Aprobación, Vigencia, Responsabilidad de los Reglamentos Militares.**

En el procedimiento administrativo del Sector Público, se rige indiscutible dentro de los alcances de lo dispuesto en la Ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General", en tal sentido todo procedimiento interno de cada entidad está regulado bajo este dispositivo legal, a través de su Textos Únicos Aprobados para cada entidad.

Sin embargo, respecto al trámite del proceso sancionador, este tiene una peculiaridad, que para aplicar la medida coercitiva de índole disciplinaria resulta menester y obligatorio haber seguido el procedimiento' normativo, o aquel fijado por el reglamento institucional, cuyas características están precisadas en el respectivo TUPA (artículo 234(3), pero todo procedimiento sancionar para cumplir con los requisitos y normas de trámite interno, debe cumplir las siguientes pautas, hechos que no cumple la imposición de la sanción administrativa disciplinaria en las Fuerzas Armadas:

- Autoridad instructora y resolutora; Siempre y cuando la organización técnico — funcional de una entidad gubernamental la permita, se considera autoridad instructora a aquella encargada de iniciar y proseguir la investigación, efectivizando las diligencias consabidas. No tiene facultad decisoria, sino tan sólo indagatoria acerca de los hechos denunciados o reclamados ante la autoridad competente. En cambio, la autoridad resolutora si ostenta facultad para definir el reclamo o la controversia, mediante decisión formal, acorde a los lineamientos previstos en el respectivo TUPA.
- Resoluciones judiciales vinculantes; Toda resolución sancionatoria, se de índole civil o penal debe cumplirse en el estamento administrativo como coronario de aquel veredicto, señalando la represión correspondiente al justiciable - administrable. Este funcionario indagador debe estar convencido que los hechos o circunstancias merituadas y probadas en

resoluciones firmes del Fuero Común guardan concordancia con las normas coercitivas aplicadas en las entidades públicas o para estatales.

- Notificación de cargos imputables; Se notificará a los sujetos administrables los hechos calificados como infracciones, detallando las sanciones a aplicar, por la autoridad competente, cuyos nombres y cargos estarán debidamente registrados en la cédula citativa, con alusión a la norma legal imperante.
- Alegatos y medios defensivos; La autoridad competente otorga al sujeto administrado un plazo perentorio de 5 días hábiles para plantear su alegato escrito y presentar los medios probatorios de defensa permitidos por el ordenamiento jurídico procesal en esta vía: La abstención del ejercicio de defensa o contradicción no puede calificarse como reconocimiento táctico de responsabilidad o implícita aceptación de cargos incriminados, porque tal criterio le ocasionaría indefensión.
- La Resolución y Notificación; La decisión final del ente administrado, aplicando una represión o disponiendo el archivo del expediente, y será notificada, en esta resolución se concluye la etapa investigatoria, se resuelve imponiendo una sanción al determinar la existencia de la agresión o absolviendo al imputado.<sup>9</sup>

#### **2.1.6.13 Incompatibilidad de las normas administrativas respecto a la Constitución.**

La jerarquía normativa de los dispositivos legales en nuestro ordenamiento legal, se encuentra debidamente estipulado en lo dispuesto en el artículo 138° de la Constitución Política del Estado, sin embargo estas normas no deben atentar bajo ninguna circunstancia con lo dispuesto en los preceptos constitucionales, conforme lo regula el artículo 138 de la Carta Magna, y sin

---

<sup>9</sup> BENDEZU NEYRA, Guillermo. Derecho Procesal, Administrativo "Exégesis y Casuística". Fecal. 2002. Lima.

embargo esta norma estipula que en todo caso cuando existe conflicto entre normas legales, se debe preferir la norma de rango Constitucional.

Es por ello, que las normas legales de menor jerarquía que regulan el quehacer diario de las entidades públicas, deben estar en acorde con los preceptos constitucionales, para mantener así la coherencia normativa entre disposiciones legales de diversa jerarquía, por cuanto las primeras no pueden contradecir a las segundas, en primer lugar por principio de jerarquía de normas, y segundo lugar por la naturaleza del documento que los ampara.

En consecuencia, si bien las normas internas de las Fuerzas Armadas, están reguladas en Reglamentos Militares, estas han sido sustentadas y han sido aprobadas mediante Resoluciones Ministeriales o Resoluciones de la Comandancia General del Ejército, y rigen a nivel nacional en cada Institución Militar.

Sin embargo, al estar regulado todos los procedimientos internos en las Fuerzas Armadas, entre ellos tenemos que los derechos del personal militar también se encuentra regulados en el Reglamento de Derechos y Beneficios del Personal Militar (RE 640-1), estos deberían en todo caso estar acorde con las normas de carácter constitucional, pero dada la antigüedad de los Reglamentos Militares Internos que fueron aprobados en la época de los Gobiernos Militares, y bajo el amparo de la Constitución de 1933, estos han quedado desfasados, y su regulación interna no se adecua a las nuevas tendencias constitucionales, específicamente en el campo de personal y de derechos, ni al criterio que el Tribunal Constitucional ha fijado en el caso de los derechos del personal militar, derivándose que exista un abuso por parte de los Superiores y un abandono por la Institución.

Asimismo, el procedimiento regulado en la reclamación interna con que cuenta el personal militar cuando sus derechos fundamentales han sido vulnerados por la Institución o por particulares, no existe o no se ajusta a la normatividad establecida en la ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General", por lo que dichos mecanismos administrativos no aseguran una verdadera

protección del derecho a' reclamación sino muy por el contrario, causan un mayor perjuicio que tiene que enfrentar el personal militar que utiliza estos mecanismos de defensa o de reclamación, dejándolo sólo frente a la Institución Militar.

Máxime si tenemos en cuenta que el personal militar no tiene derecho a la Sindicalización para una mejor protección de sus derechos, a fin de evitar la desprotección de la persona individual y trasladar está a favor de la Persona Jurídica, sin embargo este tema es trabajo de otra tesis de investigación.

En tal sentido se ha demostrado legalmente que no es necesario que los Reglamentos Internos tengan que regular algún derecho de los servidores públicos y en especial del personal militar, ya que ellos están debidamente protegidos en la Constitución Política el Estado, y la ley ha creado los mecanismos de defensa necesarios cuando existe algún abuso o peligro de abuso sobre los mismos, ya que al permitir que las Entidades Públicas regulen los derechos fundamentales, se puede permitir que estas, adecuen los mismos a los trámites internos y sean ahogado u opacados con enormes trabas burocráticas por normas que aparentemente de menor jerarquía.

## **2.2 La privación de la Libertad Personal**

### **2.2.1.- La Libertad Personal.**

La libertad es un bien jurídico que el ordenamiento jurídico reconoce a los individuos con la finalidad de que satisfagan sus necesidades dentro de las relaciones sociales.<sup>10</sup>

El bien jurídico como la expresión de un interés, el interés es un término que nos indica una relación, el problema aquí deviene del hecho que lo que es un bien

---

<sup>10</sup> BUSTOS RAMÍREZ. Manual de Derecho Penal. Parte Especial Pag. 74.

jurídico para una persona, sea solo un interés para otra o puede ocurrir que el titular de un bien jurídico no 'tenga interes en conservarlo'.<sup>11</sup>

Pero esta libertad de actuar contenido de la libertad aceptada de manera general por la doctrina penal, que se presupone a todo ser humano, no es totalmente absoluta; el límite viene dado por la libertad de los otros miembros de la sociedad, esto es las necesidades que se derivan de la convivencia; de ahí que se plantee como un bien jurídico de carácter relativo.

Se protege a la libertad en sí misma, ya que puede ser violada por otros hechos que no la atacan directamente, sino en cuanto un medio para alcanzar otros fines. Es el bien jurídico disponible por excelencia, de otro modo dejaría de ser libertad, existiría una contradicción. Por ello, en todos los tipos penales que afectan a la libertad aparece el consentimiento como una causa de atipicidad.<sup>12</sup>

La Constitución no establece diferencias para el acceso y ejercicio de los derechos reconocidos de acuerdo a grupos de personas. Los principios jurídicos que deben prevalecer son los denominados de igualdad y reserva de legalidad, en tanto prescriben; por un lado la equiparación ante la ley y la no discriminación, y por el otro que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que en ella no se prohíbe".

"Por consiguiente los derechos son facultades que tienen las personas, de todo aquello que ha sido conquistado, reconocido y establecido en su favor, en el ordenamiento jurídico del Estado".<sup>19</sup> El profesor argentino Bidart Campos, define a los derechos como los atributos, facultades que se reconocen o se otorgan a los individuos que componen la población del Estado.

---

<sup>11</sup> QUIROZ SALAZAR, Williams. Lecciones de Derecho Penal General. Gráficos EIRL. 2001. Lima. Pag.438.

<sup>12</sup> BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto. y, GARCIA CANTIZANO, María del Carmen. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 4ta Edición. Lima. Pag 182. 19 ORTECHO VILLANUEVA, Víctor Julio. Jurisprudencia y Procesos Constitucionales. Editorial Rodhas Julio 2002. Lima.

Joaquin Gonzales, dice por su parte que los derechos son los que corresponden a todo hombre en su calidad de tal y que la Constitución reconoce, los que pertenecen al pueblo y a los ciudadanos y que la Constitución sanciona o concede.

Por lo que derecho deviene de ser la facultad de ejercicio de algo, y tratándose de derechos políticos, es la facultad de ejercicio de las libertades públicas. La esencia del derecho es la libertad. Debiéndose tener en cuenta que el derecho es más subjetivo, perteneciendo más a las personas individuales, en tanto que las libertades tienen mayor trascendencia, tienen un sentido colectivo o grupal.

Sin embargo, según Hauriou, sostiene "que la libertad individual consiste según la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, en poder hacer todo lo que no está prohibido por la ley, y en no poder ser obligado a hacer lo que la ley no ordena", es decir la libertad dentro del marco de la ley, y agrega; la libertad humana no tendrían sentido, si no fuera generadora de derecho. No es una libertad de hecho, sino una libertad de derecho, en el sentido de que se acomoda a la ley, y sobre todo en el sentido de que crea el derecho mediante la autonomía jurídica.

### **2.2.2.- Libertad personal, detención ilegal y detención arbitraria**

La libertad personal es un derecho fundamental que sólo puede ser restringido en determinados supuestos de hecho, en virtud de una orden expedida por autoridad competente (excepto en el caso de flagrante delito) y durante los plazos previstos en las normas constitucionales o las leyes.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> La importancia del valor libertad y su esencial conexión con del Derecho está fuera de toda duda y, aunque toda Jerarquización de los valores, como señalaba Kelsen es problemática al ser una cuestión más ideológica que científica, sin embargo para muchos autores y teorías doctrinales la libertad se sitúa a la cabeza de esa posible Jerarquización. Efectivamente, no faltan razones y argumentos que justifiquen tal postura, sobre todo teniendo en cuenta que el Derecho, como regulación normativa, sólo tiene sentido dentro de un contexto de libertad. Según Luis Martínez Roldan y Jesús Aquilino Fernández Suárez. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. España. 1994. Editorial Ariel. Pag. 224.



La obligación de cumplir con estas condiciones se encuentra prevista tanto a nivel internacional como en los textos constitucionales de los países de la región, disposiciones que se complementan mutuamente.

Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 9° inciso 1°) establece:

"Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 7° inciso 2°) señala:

"Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".

Al analizar esta disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que:

" (...) nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)" .

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado asimismo que la expresión leyes prevista en las disposiciones de la Convención Americana para hacer referencia al medio legal a través del cual se puede restringir el ejercicio de un derecho fundamental, entre ellos la libertad personal, debe ser entendida como "toda norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecidos por las constituciones de los Estados Partes para la conformación de leyes" .

En consecuencia, la privación de la libertad personal sólo puede efectuarse en los casos, con las formas y por el tiempo previsto en la Constitución o la ley. En caso contrario, estaremos ante una medida de carácter ilegal que se encuentra prohibida tanto a nivel nacional como internacional.

Pero además, existen restricciones a la libertad personal que, a pesar de su conformidad con las normas legales, también se encuentran prohibidas. Por esta razón, las normas internacionales de derechos humanos no sólo prohíben toda privación de la libertad que se realice sin observarse las condiciones legales previstas para tal efecto, sino también cualquier restricción a este derecho fundamental que resulte arbitraria. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 9 inciso 1º) señala que "nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias", mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece (Artículo 7º inciso 3º) que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

Al precisar los alcances sobre lo que debe entenderse como una privación arbitraria de la libertad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que "aun calificados de legales" puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad" (subrayado nuestro).

La privación arbitraria de la libertad personal implica, de esta manera, un concepto que incluye supuestos, tanto de legalidad como de ilegalidad de una detención. En cualquier circunstancia, el proceso de hábeas corpus se constituye en un mecanismo idóneo y efectivo para la protección del derecho fundamental afectado.

### **2.2.3.- Concepto de Libertad.**

La libertad, es la auto determinación del espíritu, como la posibilidad que tiene el hombre de proceder según la expresión de voluntad, en tanto ésta no este determinada por condiciones externas. Lo contrario según Santo Tomás de Aquino, significa determinismo, fatalismo y negación de la responsabilidad del hombre sobre sus propios actos.

Sin embargo, tal concepción de libertad, que se base en el libre albedrío, es una posición subjetiva que no resiste al análisis, cuando se trata sobre todo de las libertades en el campo de la realidad social y en el campo de las relaciones de los hombres con la naturaleza.

Por ello debemos entender a la libertad como un producto de la lucha social y que por tanto es un producto histórico que se ha arrancado a las clases gobernantes de los Estados y que consiste en las permisiones o libertades ciudadanas, ya para el juego de sus ideas o de sus acciones políticas frente al Estado. Quizá, si ensayando una noción de libertad, podríamos afirmar que ésta es el ambiente exento de dificultades, de privaciones y limitaciones dispuesta por parte del Estado, y que permite a las personas el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos y su participación en la vida política de su país.<sup>14</sup>

Duguit es más preciso, cuando dice que "la libertad es el poder que pertenece a todo individuo, de ejercer y desenvolverse su actividad física, intelectual y moral, sin que el Estado pueda aportar otras restricciones que las que son necesarias para proteger la libertad de todos"<sup>15</sup>

Luis Sánchez Agesta dice, que la libertad en el sentido más general, es exención de una necesidad. Esa exención de una necesidad, ha de referirse a un sujeto que se exime y se libera a un objeto como a su fin, se encamina esa actividad libre y una necesidad que se remueve para liberar la acción".

---

<sup>14</sup> ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. Jurisprudencia y Procesos Constitucionales. Editorial Rodhas. Julio 2002. Lima Pag. 89

<sup>15</sup> Citado por LINARES QUINTANA. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Editorial Alfa. Buenos Aires. 1956. Tomo III Pag. 98-101. 23 ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. Jurisprudencia y Procesos Constitucionales. Editorial Rodhas. Julio 2002. Lima. Pag. 93.

Se puede decir que la libertad, desde el punto de vista jurídico es la acción liberadora que corresponde a un sujeto o un grupo de sujetos, o diremos mejor. La acción eximente de dificultades y oposiciones que por contraposición se presentan expresa o tácticamente en la búsqueda o consecución de un objetivo de bienestar. Y esta acción es generalmente respecto al mismo Estado, sus órganos y funcionarios o también respecto a particulares. Esa acción eximente o liberadora tiene aplicaciones concretas y toma nombres propios, como son la libertad de pensamiento, la de expresión, la de reunión, la de libre circulación, la de no ser detenido, la de desarrollar su actividad y trabajo sin compulsiones ni explotaciones.

Nuestro ordenamiento reconoce y protege a la libertad personal, en el artículo 2 inciso 24) de la Constitución Política, señalando que "Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales".

Esta protección también está dada a nivel internacional, a través del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que "todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

De igual modo en el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica, cuando se dispone que:

- 1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
- 2) Nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas y condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- 3) Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Para el tratadista Eguiguren, la libertad personal "comprende una libertad física o ambulatoria, que reconoce a toda persona la facultad de desplazarse libremente, sin otras limitaciones que las impuestas por el medio en que se pretende actuar y las establecidas por las normas constitucionales para preservar otros derechos o valores igualmente relevantes".

Asimismo el Tribunal Constitucional en el Expediente 1091-2002-HC/TC ha dicho que la libertad personal "es un derecho subjetivo, reconocido en el inciso 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado y, al mismo tiempo, uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional"; como derecho subjetivo, la libertad personal, garantiza que no se afecten indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias los alcances de la garantía a esta libertad frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independiente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza, pues ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, según el artículo 9° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Libertad Natural; es incompatible con las libertad natural de los demás, y en este conflicto solamente estaría garantizada a través de la fuerza física de cada uno para imponerse a los demás.

La Libertad Jurídica; Es la libertad jurídicamente institucionalizada, regulada por el derecho para hacerla compatible con la libertad de los demás. Es una libertad cuantitativamente menor que la libertad natural, pero cualitativamente mayor en cuanto que está garantizada de forma igual para todos por el derecho y por el estado; de ahí que también se la denomina libertad política.

Podemos decir que la libertad es el primer derecho fundamental de la persona, el imperativo de la disidencia vendría a ser la tendencia natural y el derecho a ser y pensar de forma distinta de cómo lo hace los demás, y esto es lo que convierte al individuo, al yo en un ser autónomo e independiente. No se puede concebir a un ser humano sin posibilidades de hacer y, en consecuencia, sin libertad para poder elegir entre posibilidades, pues como señala Max Scheler, "somos tanto más libres cuantas más posibilidades de hacer tenemos".

#### **2.2.4.- Violación de la Libertad Personal.**

Se debe determinar que situaciones supongan de alguna manera alguna amenaza o estrictiones a los derechos constitucionales. La virtualidad de la garantía ante estas situaciones es no sólo evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, sino en hacer desaparecer la amenaza misma por constituir ésta, en cuanto tal un impedimento al pleno ejercicio de los derechos constitucionales amenazados. El ámbito posterior, por el contrario, se constituye a partir de situaciones que han configurado lesiones efectivas a los derechos constitucionales, de modo que el poder de acción de la garantía irá dirigido a hacer cesar la afectación irregular del derecho. En u otro caso la finalidad es hacer cesar la afectación o amenaza del derecho y volver las cosas al estado anterior de ocurrida la mencionada afectación.<sup>16</sup>

La violación a la libertad personal, puede venir de cualquier persona, sea o no un funcionario o servidor público en ejercicio o no de sus atribuciones, y se ejecuta a través del accionar propio de un individuo o por intermedio de algún documento.

Esto deriva en consecuencia, en determinar si el Agente tiene la capacidad de privar el derecho de la libertad, en el Perú, si está permitido en algunos supuestos legales claramente determinados por nuestra Constitución, y estos se pueden dar por:

- Mandato Judicial, de autoridad facultada para ello, es decir del Juez Penal o Civil (en casos excepcionales que la ley faculta).
- Por Autoridad Policial, en caso de flagrante delito debiendo esta ser puesta a disposición de la autoridad judicial dentro del plazo que la ley, según los casos especiales otorga.
- Por la Comisión Especial del Congreso, en casos que estuviera investigando en cumplimiento de sus funciones, ya que según el

---

<sup>16</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Objeto y Finalidad de las Acciones de Garantías. Pag. 24. Lima. 2004.

Reglamento del Congreso pueden realizar los apremios que la ley faculta a los Jueces.

No existiendo otro tipo de Autoridad Pública que pueda de iniciativa amenazar la restricción del derecho a la libertad.

El documento idóneo es indiscutiblemente el mandato judicial, cuando es expedido por el Juez, en el caso de flagrante delito, este se sustenta en el parte respectivo, y cuando es solicitada por la Comisión Investigadora del Congreso, en una resolución debidamente motivada.

Sin embargo, existe otros mecanismos que violan el derecho a la libertad personal, estos son las sanciones administrativas disciplinarias, emitidas por personal militar en contra de sus subordinados, y que el único sustento legal son sus Reglamentos o disposiciones internas, con estos documentos pueden restringir y violar el derecho a la libertad personal, protegido y consagrado por la Constitución Política del Estado.

Hecho que parece ilógico por cuanto la Constitución es expedida por el Estado a través del Legislativo, y las -sanciones administrativas disciplinarias que emiten el personal militar, pertenecen al Poder Ejecutivo, es decir mientras que un Poder del Estado Protege a la Constitución, el otro Poder del Estado no hace nada para dar solución a tal violación de derecho fundamental.

Entonces la libertad personal, es un derecho fundamental y como tal protege y abarca a todos los ciudadanos peruanos tengan la condición que tenga, lo cual incluye al personal militar, por lo que sus derechos fundamentales también están debidamente protegidos y regulados, por consiguiente, no puede existir una norma legal que pueda restringir sus derechos fundamentales, ni siquiera basándose en la condición especial de ser personal militar, ya que existiría una discriminación entre los ciudadanos, y nuestra Constitución prohíbe textualmente cualquier tipo de discriminación, es por ello que se hace necesario adecuar los Reglamentos Militares, para que estén acorde con los derechos fundamentales

de todos los ciudadanos, y no exista así ningún tipo de divergencia por la naturaleza del trabajo y de las personas.

#### **2.2.5.- Concepto de Persona.**

Es definida como un ser racional y consciente de sí mismo, poseedor de una identidad propia. El ejemplo obvio y para algunos, el único de persona es el ser humano.

Es también definida como un ser individual dotado de vida y sensibilidad, junto con la inteligencia y la voluntad propiamente humana o como un individuo de la especie humana según la Real Academia Española.

En el campo de la Psicología, es la persona designada a un individuo humano concreto, abarcando tanto sus aportes físicos como psicológicos para definir su carácter singular y único.

En la filosofía, es la rama de ética; la cualidad de la sensibilidad es la facultad para percibir e interpretar el estado de ánimo, el carácter y la forma de actuar de las personas, así como la naturaleza de las circunstancias y los ambientes que en cada momento nos rodean, para actuar de forma adecuada en beneficio de los demás.

En el ámbito del derecho, es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Se las clasifica en personas de existencia visible o físicas (ser humano) y personas de existencia ideal o jurídica (como las sociedades, las corporaciones, las fundaciones, el Estado y otras).



### **2.2.6.- Nexo entre Libertad e igualdad.**

Este nexo es inseparable y concordante. El goce de todo derecho está condicionado al respecto de los derechos ajenos, por lo que no cabe imaginar cómo absolutos los derechos individuales, Obligaciones y derechos son términos correlativos; la obligación de respetar los derechos ajenos, inclusive los de la sociedad en conjunto, impide el uso arbitrario de los derechos propios,

De ahí que todas las garantías fundamentales estén sujetas a la posibilidad de restricciones, sobre todo en circunstancias de emergencia. Es la idea del bien común la que debe regular el respeto a las garantías constitucionales, en tanto se concilien con el orden general de los derechos. Este orden se desenvuelve a través del individuo, la familia, el Estado y la Comunidad internacional. Para que rija, es menester que se respete la libertad, es decir, la facultad de cada persona de ejercer su actividad física, intelectual y moral sin que la autoridad imponga otras restricciones que las necesarias para proteger la libertad de todos.<sup>17</sup>

Las Libertades individuales sólo pueden recortarse o suspenderse por la virtud de la ley, o por medida gubernativa que ésta autorice. El régimen legal de libertad, según distingue la doctrina francesa, se compone de un régimen de derecho; o sea legislado, y de un régimen de policía. Los derechos nacidos de la idea de libertad pueden ser agrupados en los siguientes: a) Libertad Personal, que comprende la libertad física, la inviolabilidad de domicilio, el secreto de la correspondencia y el derecho de propiedad privada; b) Libertad de Conciencia y de manifestación de las opiniones, que consiste en libertad de pensamiento y expresión, con sus corolarios: libertad de prensa, de propaganda, de reunión, de asociación, de coalición política, de religión, de enseñanza y de petición; c) Libertad de trabajo, que implica la sindicalización y el derecho a la retribución decorosa y equitativa; d) Libertad de industria y comercio, que abarca toda actividad económica lícita.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> FERRERO REBAGLIATTI, Raúl. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Jurídica Grijley. Lima. Pag.342.

<sup>18</sup> La declaración de Derechos de 1789 definió a la libertad como "La Libertad consiste en poder hacer todo aquello que a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites.

### **2.2.7.- Jurisprudencia Nacional.**

El Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, ha emitido innumerables Ejecutorias a través de la vida Republicana en donde, se acredita que el Habeas Corpus es el mecanismo idóneo para la protección del derecho a la libertad personal, tal y conforme lo señala el Tribunal en la Sentencia de fecha 21 de julio de 2005, recaída en la Causa N' 0019-2005-PI-TC:

El inciso 24 del artículo 2° de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.

La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocida en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Sin embargo, como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.

Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta "optimizando" la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.

Porque el derecho a la libertad personal no es ilimitado, es que resulta válido que el legislador haya previsto distintas medidas cautelares que bajo, criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pueden incidir sobre el, a efectos de garantizar el éxito del proceso penal. Las dos medidas más limitativas previstas en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal son la detención judicial preventiva y el arresto domiciliario. Pero, ¿se trata de medidas, en esencia, análogas?.

Ya se ha hecho referencia a la similitud sustancial, a nivel fáctico, que existe entre las condiciones del cumplimiento de la detención preventiva y la pena privativa de libertad, lo que constitucionalmente justifica que el tiempo de detención preventiva se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

### **Teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad**

#### **A) Teoría de la retribución absoluta**

Son distintas las teorías de los fines de la pena desarrolladas en la doctrina. Una es la teoría de la retribución absoluta, cuyos exponentes son Kant y Hegel. Según ella, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: "ojo por ojo, diente por diente".

Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de nuestra Constitución Política, conforme al cual

*"La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado."*

## **B) Teoría de la prevención especial**

Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución:

"Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad."

## **C) Teoría de la prevención general**

La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal.

Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del

efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito.

Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin, los resume del siguiente modo: "(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el 'ejercicio de la confianza en el derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado." (Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En: Determinación judicial de la pena. Compilador Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 28).

#### **D) Teorías de la unión**

Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.

#### **Derecho Penal y Constitución**

Expuestas las distintas teorías en torno a la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, corresponde evaluar la temática desde una perspectiva constitucional, para lo cual conviene, ante todo, analizar la relación entre el Derecho Penal y el sistema material de valores reconocido en la Constitución.

El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el ius puniendi, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal,

sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como correctamente apunta Carbone!! Mateu, "Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional." (Derecho Penal: concepto y principios constitucionales. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37)

En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena.

## **Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional**

Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto 'tan o más execrable que la propia conducta del delincuente'.

Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

Existen, distribuidas, una serie de competencias entre distintos órganos constitucionales expresamente dirigidas a combatir el delito. Así, el artículo 166° de la Constitución, prevé que la Policía Nacional, "(...) tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas 'y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público o privado. Previene investiga y combate la delincuencia (...)."

Es de destacarse, asimismo, la función primordial que el artículo 59° de la Constitución confiere al Ministerio Público en la salvaguardia de los intereses públicos que se puedan ver amenazados o afectados por el delito: Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la Sociedad.
4. Conducir, desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte.

Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal.

"(...) la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial." (Caso Antejucio Político. STO 0006-2003-AI, Fundamento 18).

En efecto, es al Poder Judicial -encargado de ejercer la administración de justicia que emana del pueblo (artículo 138° de la Constitución)- a quien corresponde establecer las responsabilidades penales. Ello quiere decir que el Poder Judicial es el órgano que, en estricto respeto del principio de legalidad penal, y con la independencia que la Constitución le concede y exige (inciso 2 del artículo 139° e inciso 1 del artículo 146° de la Constitución), debe finalmente reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente.

Por otra parte, el particular daño que el delito genera en el Estado social y democrático de derecho motiva que su flagrancia o el peligro de su inminente realización, sea causa expresamente aceptada por la Constitución para la limitación de diversos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el inciso 9 del artículo 2° de la Constitución establece que:

"Toda persona tiene derecho:

(...)

9. A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él, ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración

(...)

Mientras que el literal f, inciso 24 del artículo 2°, señala:



"Nadie puede ser detenido, sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. (...)."

Asimismo, el literal g, inciso 24 del mismo artículo estipula:

"Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos en la ley.(...)"

Incluso, el delito flagrante se constituye en un límite a la inmunidad parlamentaria de los congresistas (artículo 93° de la Constitución).

En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en

"(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)" (artículo 44° de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución).

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su quantum específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su

proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución).

Es preciso destacar, sin embargo, que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la Culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.

Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer "a toda costa" la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

Es más, ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva, pues, como ha establecido la Corte Constitucional italiana:

"(...) al lado de la reeducación del condenado, la pena persigue otros fines esenciales a la tutela de los ciudadanos y del orden jurídico contra la delincuencia" (Sentencia N.º 107/1980, Fundamento 3).

Dicha Corte, en criterio que este Tribunal comparte, rechaza que la función y el fin de la pena misma se agoten en la esperada enmienda del reo, pues tiene como objeto exigencias irrenunciables de prevención y defensa social" (Idem).

Mientras que la Corte Constitucional colombiana ha destacado que "Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador en favor del imputado, no puede (...) contrariarse el sentido de la pena que comporta la respuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el

valor de la justicia en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias" (Sentencia C-762/02, Fundamento 6.4.5)

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho.

### **2.2.8.- Legislación Comparada.**

#### **A.- En el Ecuador:**

Se establece que "Nadie será privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse sin formula de juicio por más de 24 horas; en cualquier de los casos no podrá estar incomunicado por más de 24 horas. La Policía Nacional, bajo la Jurisdicción del Gobierno, es la responsable por ley de la detención e interrogatorio de los sospechosos.<sup>19</sup>

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4°, 14° y 24° de la Constitución del Ecuador.

Esa así que en otros, países existe el mismo problema es decir desde el punto de vista de la restricción del derecho a la libertad personal, tenemos por ejemplo:

#### **B.- Colombia:**

En dicho país existe la Ley del Régimen Disciplinario de Personal Militar de fecha 07 de Diciembre de 1992, sobre la cual ha recaído una Sentencia N° T-233/95 por parte de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual señala que en el Interior de la Policía debe imperar un régimen disciplinario estricto, que se

---

<sup>19</sup> Comisión Andina de Juristas. Derechos Humanos en Ecuador. Problemas en Democracia. Lima. 1998. Pag. 44.

aplique con firmeza, imponiendo a los infractores las sanciones que merecen, como garantía inapreciable para el logro de sus fines, para la sociedad y para el Estado.

En cuanto a los procesos disciplinarios que se cumplen en el seno de las Instituciones Armadas, su trámite y definición son de carácter administrativo, por lo cual es evidente que todo cuanto concierna a los medios de impugnación contra las decisiones que se adopten se rige, en principio por las reglas del Derecho Administrativo. Mediante los procesos disciplinarios se busca establecer si la persona sujeta a determinado régimen incurrió en alguna de las conductas en él previstas y si es responsable por ello, con el objeto de aplicarle las correspondientes sanciones.

Estas no pueden tener lugar sino sobre la base de haberse desvirtuado en el caso concreto la presunción de inocencia que a todos favorece, previo un proceso surtido ante la autoridad competente y por los motivos establecidos anticipadamente en la ley, proceso en el cual se hayan brindado todas las oportunidades de defensa, El Derecho disciplinario está supeditado en su aplicación a las reglas constitucionales del debido proceso y, por ello, a ese imperativo no escapan los procedimientos que se llevan.

### **C.- En España:**

En la Constitución Española regula en el artículo 17°, el derecho fundamental de la Libertad Personal.

En dicho país existe actualmente un Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Ley 8/1998), que por primera vez se dio y que buscó la protección de la disciplina militar mediante el establecimiento de normas que procurasen al adhesión a la misma, y en caso de quebrantamiento la inmediata reparación a través del ejercicio de las potestades disciplinarias atribuidas a los mandos militares.

Con la creación de la mencionada ley, se buscó la separación efectiva entre la esfera penal, comprensiva de conductas delictivas y la esfera disciplinaria, siguiendo el modelo de otros Códigos de Disciplina Europeos, asimismo busca el equilibrio entre la protección de la disciplina esencial para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, y las garantías individuales recogidas

en la Constitución, incorporando a la materia disciplinaria un conjunto de derechos constitucionales de inexcusable observancia, inspirándose para ello en la doctrina que sobre esta materia se contiene en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional.

Sin embargo el mismo vulnera el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, concretamente en lo dispuesto en su artículo 5.1 el cual señala que una persona sólo puede ser privada de su libertad por la Autoridad Judicial.

Señala así el Juez Militar, que España no actualizó la reserva que tenía planteada a los artículos 5 y 6 del Convenio cuando aprobó en 1998, el actual Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; en consecuencia la imposición de una sanción de arresto, que implica la pérdida de libertad, no puede ser resultado más que de una decisión jurisdiccional y no de un mero acuerdo de la Administración, siendo la vía idónea para interponer este tipo de reclamación la acción de Habeas Corpus.

Asimismo, señala que se hace necesario pronunciarse sobre la adecuación de una Ley Orgánica en bloque (régimen disciplinario) a los tratados internacionales, y ello pondría en manos de un humilde juez territorial, la decisión de dejar a una parte muy importante de las Fuerzas Armadas sin la parte esencial del régimen disciplinario.

#### **D.- En la República Dominicana**

El Decreto Ley 710 del 12 de Junio de 1961, regula el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, estableciendo en su Artículo 1, regula que las faltas cometidas por los miembros de las Fuerzas Armadas y su asimilado, se castigan por la sola autoridad del superior, con arreglo a su personal discreción y dentro de sus facultades disciplinarias.

Párrafo I.-Todo militar con capacidad para ello está obligado a ejercer las facultades disciplinarias de que está investido.

Párrafo II.-El poder disciplinario será ejercido conforme a lo prescrito en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, dentro del régimen y con las excepciones que en la misma se establecen.

Artículo 2.-El que impone, un castigo disciplinario debe proceder con elevado sentimiento de justicia, responsabilidad, firmeza y de modo imparcial, procurando que el castigo sea proporcionado a la naturaleza y gravedad de la falta cometida. Para su justa aplicación y restablecimiento del orden quebrantado tendrá en cuenta, 1.a conducta, educación, tiempo y naturaleza de los servicios del infractor.

Art. 3.-El poder disciplinario para aquellos que tienen su goce se ejercerá dentro del límite de sus facultades.

Párrafo.-Las faltas disciplinarias serán corregidas directamente, previo oportuno esclarecimiento, por los jefes respectivos y con arreglo a sus facultades. Cualesquiera otras faltas que revelen una mayor gravedad fuera de la jurisdicción disciplinaria serán corregidas en ordenamiento procesal, previo esclarecimiento en expediente tramitado a los superiores inmediatos, con sujeción a las normas establecidas en el Código de Justicia de las Fuerzas Armadas, leyes y disposiciones penales ordinarias

## **E.- En Argentina**

Se encuentra el proyecto el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, en su artículo 1 °, regula a la disciplina militar es un instrumento al servicio exclusivo del cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las Leyes dictadas en su consecuencia, y las órdenes de su Comandante en Jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las Fuerzas Armadas. Todo militar debe ajustar su conducta al cumplimiento estricto de la Constitución Nacional y las demás Leyes de la República, así como la observancia cabal de las Leyes y Reglamentos Militares, el respeto a las

órdenes del mando, la subordinación al régimen jerárquico y el cumplimiento de todas las obligaciones que surgen del estado militar.

Sus principios que rigen este código son el mantenimiento de la disciplina militar:

1. Quien ejerza el mando directo es responsable del cumplimiento de las tareas y objetivos encomendados, sin perjuicio de las acciones disciplinarias que deba ejercer para asegurar el logro de los objetivos. Las sanciones a sus subordinados no lo eximen de la obligación de procurar el éxito de sus tareas.

2. La acción disciplinaria debe procurar restablecer de inmediato la eficiencia en el servicio, sin perjuicio de sus efectos sobre el estado general y permanente de subordinación y obediencia.

3. La sanción debe ser considerada como un instrumento de respaldo en el mantenimiento de la disciplina y no su herramienta principal,

4. La acción disciplinaria y sus efectos son independientes de cualquier otra responsabilidad militar, civil, penal o administrativa que corresponda por los mismos hechos.

5. No se podrá sancionar dos veces la misma falta disciplinaria, sin perjuicio del agravamiento inmediato de las sanciones impuestas por un inferior.

6. Toda sanción será proporcionada con la falta cometida y con los efectos directos que esa falta produce en el cumplimiento de las tareas.

7. Las sanciones deberán ser impuestas por quien tiene el mando directo, pero podrán ser también impuestas, modificadas, agravadas, anuladas o perdonadas por el superior jerárquico, conforme el artículo 6°.

8. Las sanciones privativas de libertad superiores a CINCO (5) días sólo podrán ser impuestas por un Consejo de Disciplina, salvo que el infractor acepte expresamente la imposición directa y no se trate de la sanción de destitución o un arresto superior a TREINTA (30) días.

9. El ejercicio de las acciones disciplinarias no deberá ser arbitrario. En todo caso se explicará al infractor el fundamento de las sanciones.

#### **F.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**

El 2 de Noviembre de 1998, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró por Unanimidad que la privación de libertad sufrida por un miembro de la Guardia Civil de España, en marzo de 1998, violó el citado artículo 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades

Fundamentales. Este hecho motivó que se redacte un Informe por parte de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, señalando que conforme al artículo 10.2 de la Constitución las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre la mismas materias ratificados por España.

### **2.2.9.- La Detención.**

La Privación de la libertad es un mecanismo que constituye en núcleo de todos los sistemas punitivos del mundo contemporáneo. Este concepto no es muy antiguo su origen se remonta al siglo XVI, generalizándose en el siglo XIX.

#### **A.- Por Mandato Judicial.-**

La Detención preventiva, es aquella restricción de la libertad individual, en la cual se dispone que el afectado pierda su libertad locomotora en un encarcelamiento antes de que exista una sentencia condenatoria o absolutoria en un proceso que se le sigue por imputación de un determinado ilícito que se le juzga.

Esta detención tiene su origen en un mandato de autoridad judicial dentro de un proceso penal, ya en una decisión de la autoridad policial antes de iniciado, por haber incurrido en un delito flagrante y dentro del marco de una investigación policial.

Esta detención judicial preventiva, debe hacerse por intermedio del Juez y debidamente motivado, conforme lo establece el artículo 2º inciso 24 de la Constitución Política; el Tribunal Constitucional ha establecido en varias sentencias que "tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, que en otras resoluciones, pues sólo de esta manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva".



Esta motivación debe ser suficiente y razonada, pues debe expresar por sí misma las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla, debiendo observar ponderación en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar de detención preventiva, pues de otra forma podría evaluarse como arbitraria e injusta.

La Naturaleza Jurídica de la Detención Arbitraria, según el propio Tribunal Constitucional es una medida cautelar, sin embargo su carácter de netamente excepcional, debido a la vigencia de los principios de in dubio pro reo y de pro libertatis, esta medida debe ser la excepción y no la regla, así está establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general».(Art. 9.3)

El Tribunal Constitucional tiene declarado respecto al mandato de detención que "su aplicación no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que sólo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue con el proceso penal. En ese sentido, la regla general debe ser que los procesados, de quienes se presume su inocencia, deben disfrutar del ejercicio de la libertad física, mientras que su privación sólo debe decretarse en aquellos casos en los que se ponga en riesgo el éxito del proceso penal, ya sea porque se pretende obstaculizar la actividad probatoria, ya porque se pretende evadir la aplicación de la pena".

Esta detención preventiva constituye también una seria restricción del derecho humano a la libertad personal, el mismo que constituye un valor fundamental del Estado Constitucional de Derecho, pues, en la defensa de su pleno ejercicio, subyace la vigencia de otros derechos fundamentales, y donde se justifica, en buena medida, la propia organización constitucional.

Este tipo de medida no se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por ello no puede sólo justificarse en la prognosis de la pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado,

pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad.

Según el artículo 135° del Código Procesal Penal, procede decretar mandato de detención contra el inculpado cuando concurren los siguientes tres elementos:

- Cuando --existen-los-suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso, que vincule al imputado como autor o cómplice,
- Cuando la sanción a imponerse por el delito supuestamente cometido sea superior a la de cuatro años de pena privativa de la libertad.
- Cuando hay razones suficientes para creer que el imputado, por sus antecedentes y otras circunstancias, va a tratar de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria.

Esta medida debe ser dictada en base al peligro procesal que pone el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. *La detención preventiva para la investigación de un delito*

El término detención preventiva se emplea con frecuencia para hacer referencia a las medidas privativas de la libertad que pueden ser adoptadas por las autoridades judiciales durante un proceso penal.

Se trata de una medida de carácter provisional, puesto que debe durar lo estrictamente necesario para lograr los objetivos que justifican su expedición y cesar tan pronto como hayan desaparecido estas causas. Además, debe ser una medida motivada, pues sólo puede ser aplicada si existe necesidad de mantener detenida a una persona presuntamente implicada en la comisión de un delito, a fin de facilitar la investigación respectiva.

La detención preventiva debe asimismo ser una medida excepcional, característica que ha sido remarcada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece en su Artículo 9° inciso 00:

“la prisión preventiva de /as personas que hayan de ser juzgadas no debe ser /a regla general (...).”

Si bien a nivel regional la Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece una disposición similar, sobre este tema la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

“(...) la detención preventiva es una medida excepcional que sólo debe aplicarse en casos donde existe una sospecha razonable, no meras presunciones, de que el acusado podrá evadir la justicia o destruir evidencia. En caso contrario se viola el principio de inocencia y la libertad física de sindicado, protegidos en los artículo 5° y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)” (4).

En consecuencia, la detención preventiva debe ser una medida provisional, motivada y excepcional.

Para expedirla deben considerarse varios elementos, entre los cuales se encuentra la pena mínima prevista a nivel normativo para los presuntos autores del delito que se investiga. Junto a este criterio, se requiere también evaluar el comportamiento de la persona en relación al delito que se le imputa y el peligro que para el desarrollo del proceso penal puede significar que permanezca en libertad.

La detención preventiva, en consecuencia, sólo puede ser expedida por las autoridades judiciales en los casos autorizados por la legislación, siempre que respecto a la persona sobre la cual va a recaer la medida existan fundadas sospechas sobre su responsabilidad en la comisión del delito así como sobre su intención de obstaculizar las investigaciones.

## **B.- Detención a cargo de la Autoridad Policial**

La autoridad policial está facultada a detener debidamente a una persona en dos situaciones. Primera, cuando en cumplimiento de un mandato judicial de detención, la autoridad policial priva de su libertad a una persona. Y segunda, cuando sin existir mandato de detención, se le ha descubierto en flagrante delito. Se entiende que existe detención por flagrante delito cuando existe comisión actual del delito y en esas circunstancias el autor es descubierto y detenido; o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber

cometido el delito; o cuando el agente es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutarlo.

Esta definición de flagrante delito proviene de la concepción amplia que del mismo tienen el Tribunal Constitucional.

En ambos casos de detención, fruto de un mandato judicial de detención o de la existencia de delito flagrante la autoridad policial que efectúa la detención deberá poner al detenido a disposición del juzgado penal correspondiente, en un plazo máximo de 24 horas más el término de la distancia.

El mandato de detención debe haber sido emitido por la autoridad judicial competente, no surtiendo los mismos efectos el mandato que emita algún fiscal. En este sentido, el Tribunal Constitucional en el caso de Vidal Barbosa Mejía contra la Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Huamanga, declaró que "debe señalarse que si bien el Ministerio Público entre las diversas funciones que le ha asignado la Constitución Política del Estado en su artículo 159° está la de ser el órgano persecutor de delito y titular del ejercicio público de la acción penal, ello no comprende la facultad de ordenar la detención de los ciudadanos, que es una medida de coerción propia del ámbito de la función jurisdiccional y que debe ser efectuada de acuerdo a las formalidades previstas en el artículo 2°, inciso 24) literal "f" de la Constitución Política del Estado.

La existencia de un flagrante delito no puede ser reemplazada por la existencia de una investigación policial, aún en el supuesto que de ésta se hayan generado indicios para impulsar un delito a una persona determinada.

### **B.1.- El flagrante delito**

La privación de la libertad de una persona procede, en principio, cuando existe una orden judicial que la autoriza. La excepción al respecto se presenta en los casos de flagrante delito.

Los textos constitucionales no suelen señalar en qué consiste el flagrante delito, tarea que es asumida por las normas que regulan los procesos penales, en las cuales se establece que para la aplicación de esta medida se debe tomar en

consideración si la conducta de la persona se enmarca en alguno de los supuestos de hecho previstos por la ley penal como delitos, y si existen elementos suficientes que permitan constatar la actualidad de dicha conducta. En cada país, la precisión sobre estos requisitos presenta interesantes matices. La detención en flagrante delito origina una serie de obligaciones para quienes llevan a cabo esta medida (5), que a su vez constituyen derechos fundamentales de la persona detenida.

En este sentido, toda persona privada de su libertad en flagrante delito tiene derecho a ser informada de los motivos de su detención y a ser llevada ante la autoridad competente, a fin de que ésta adopte las medidas que sean necesarias en atención al tipo de infracción cometida. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 9° inciso 3°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 7° inciso 5°) señalan que dicha autoridad debe ser "un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales"

La normativa procesal de cada país precisa cuál es la función que debe cumplir en estos casos la autoridad- ante la cual es conducida una persona detenida en flagrante delito. Por lo general, esta tarea implica verificar si la conducta por la cual se le privó de su libertad justifica el inicio de un proceso penal en su contra y si corresponde expedir una orden de detención preventiva. Sin embargo, también se debería analizar si la detención se efectuó en situación de flagrancia, pues de lo contrario, se dejaría fuera de control uno de los aspectos esenciales que justifican la posibilidad de privar a una persona de su libertad sin que exista una orden judicial.

De otro lado, toda persona detenida en flagrante delito tiene también derecho a que su traslado ante la autoridad competente para evaluar su situación se realice en estricto cumplimiento de los plazos previstos para tal efecto por las normas constitucionales o las leyes.

## **B.2.- Las formas exigidas para la privación de libertad**

Para que una persona sea privada de libertad, no basta con que su conducta se enmarque dentro de los supuestos de hecho que permiten adoptar esta medida; se requiere también una orden que la autorice, excepto en los casos de flagrante delito. Esta orden debe ser expedida por una autoridad competente, llevada a cabo por quienes se encuentran facultados para ello y en lugares apropiados. Todos estos aspectos constituyen derechos esenciales de quien sufre una restricción a su libertad.

## **B.3.- La existencia de una orden que autorice la privación de libertad**

Para que una persona sea privada de libertad se requiere que exista una orden que autorice la aplicación de esta medida. La excepción al respecto se presenta .en los casos de detención en flagrante delito.

Toda orden de detención debe encontrarse debidamente fundamentada y debe ser mostrada a la persona sobre la cual recae esta medida, a efectos de garantizar su derecho de defensa.

En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 9°, inciso 2°) señala que "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". En una redacción similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 7° inciso 4°) establece que "Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella".

Como complemento de estas garantías, textos constitucionales como los de Bolivia (Artículo 9-1), Colombia (Artículo 28°), Ecuador (Artículo 24°) y Perú (Artículo 2° inciso 24° literal f) exigen que la respectiva orden de detención conste por escrito.

#### **B.4.- La autoridad facultada para ordenar una privación de libertad**

Los ordenamientos jurídicos de cada país determinan cuáles son las autoridades que pueden ordenar la privación de libertad de una persona.

Por lo general, esta facultad es asignada de forma exclusiva a las autoridades judiciales. Pero éstas sólo pueden expedirla en el marco de un proceso que sea de su competencia. En caso contrario, cabe la posibilidad de impugnar la orden de detención, pero no por sus fundamentos sino por la falta de competencia de la autoridad judicial respecto al proceso en el cual ordenó esta medida.

Aunque parezca obvio, en un caso de flagrante delito no se requiere una orden de detención expedida por una autoridad competente, puesto que en los hechos no se podría realizar una acción inmediata en un acto que así lo requiere. En consecuencia, son las autoridades o personas autorizadas para detener en flagrante delito las que evalúan la situación y deciden actuar. Sin embargo, les corresponde una serie de obligaciones, entre ellas, informar al detenido de los motivos por los cuales se le priva su libertad y conducirlo sin demora ante una autoridad competente para que evalúe su situación.

#### **B.5.- La autoridad facultada para llevar a cabo una privación de libertad**

La privación de libertad de una persona sólo puede ser llevada a cabo por quienes se encuentren autorizados para tal efecto, ya sea en cumplimiento de una orden judicial o por presentarse una situación de flagrante delito.

Siendo el Constitucionalismo, el concebido como el conjunto de doctrinas que se han dedicado a recuperar en el horizonte de la Constitución a partir de mediados del siglo XVII el aspecto del límite y de la garantía.<sup>20</sup>

Los derechos humanos de las personas fueron incorporados en las Constituciones americana y francesa, existieron teorías a la fundamentación de los derechos y además documentos importantes que deben ser considerados

---

<sup>20</sup> FIORAVANTI, Mauricio. V Constitución de la Antigüedad a nuestros días, Trotta de Manuel Martínez Neyra, Madrid, 2001, pag. 85

para llegar a entender el grado de evolución de los derechos y el impacto que a nivel internacional han adquirido en estos últimos tiempos. Sin embargo, mientras la igualdad y libertad considerados valores en algunos ordenamientos, principios en otros y derechos en algunos, aunque sea en sentido formal, no se hubieran enunciado para todas las personas, no podía hablarse aún de una verdadera sistematización de los derechos del hombre.

Si bien los derechos y libertades se enunciaban en estos documentos, el concepto no abarca a toda la población sino a sectores determinados, constituyéndose en esa época un "instrumento de desigualdad y de jerarquización política de la comunidad". Por tanto no podemos hablar de los derechos en el sentido que ahora entendemos, porque estaban reservados para determinados grupos de poder económico, los derechos eran entendidos como de tipo corporativo, por tanto el individuo no es titular de derecho, sino el estamento o la corporación de la que el individuo forma parte.

Pero la historia nos establece y nos enseña que si bien los derechos eran para determinados grupos, la nota esencial del derecho consuetudinario británico es que los derechos que se enuncian se mantuvieron durante siglos, transformándose de meros privilegios en efectos derechos, capaces de ser invocados por las personas y tutelados por los jueces.

Entonces la incorporación de los derechos de las personas ha ido muy unida al desarrollo del Constitucionalismo y a los postulados de Estado de derecho, Estado social y estado democrática. Las Constituciones no han creado derechos, lo que han hecho los constituyentes es enunciarlos, declararlos y este proceso no se detiene, del ámbito interno se ha pasado a un reconocimiento internacional, se buscan nuevos mecanismos de protección de los derechos, porque la Comunidad internacional entiende finalmente que la persona humana, aquella que decidió ceder parte de su libertad para formar una organización que respete esa libertad en aras de una convivencia común, está por sobre el Estado y sus órganos de poder.



## **A.- Mecanismos Nacionales.**

En la actualidad no existe discusión respecto a que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico de un país y que debe contar con instrumentos procesales que garanticen su vigencia.

No obstante, esta afirmación no siempre ha sido aceptada. Ha habido momentos en el desarrollo y configuración del Estado de Derecho en los cuales no se ha contado con mecanismos jurisdiccionales que permitan salvaguardar el principio de supremacía constitucional y tutela de los derechos fundamentales.

Por lo que el Estado ha regulado la protección de las garantías constitucionales, a través del proceso constitucional, siguiendo al Néstor Saques, aquel proceso encargado de velar, en forma inmediata y directa por el respeto del principio de supremacía constitucional o por la salvaguarda de los, derechos constitucionales, y cuyo conocimiento puede corresponder a un Tribunal Constitucional, al Poder Judicial o a ambos.<sup>21</sup>

El Estado de derecho, tiene por objetivo eliminar la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos, se precisa poner límites a la actividad del Estado y el respeto de la libertad de los ciudadanos conforme a derecho; la primacía de este tipo de Estado.

El artículo 2° (20) Inciso f) de la Constitución Política del Estado, establece que "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policíacas en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del Juzgado correspondiente, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia.

El inciso 14 del artículo 138 establece, el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada

---

<sup>21</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel B. Derecho Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica. 2004. Lima. Pag. 47

inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con su defensor de su elección y ser asesorada por éste que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Está claro que la Constitución únicamente faculta a las autoridades policíacas a proceder a detener a una persona, pero sólo en caso de flagrante delito.

El instrumento adecuado que el Estado ha otorgado a la ciudadanía para la protección y defensa del derecho a la libertad, son a través de las Garantías, que vienen a ser las seguridades y protecciones que dispone la Constitución a favor de los derechos y libertades fundamentales y demás derechos constitucionales. Estas medidas de protección, más que derechos son medios de defensa que el ordenamiento constitucional asigna a los organismos jurisdiccionales y que consisten en mecanismos procesales que deben emplearse para contener los excesos del poder, que generalmente vienen de autoridades y funcionarios del Poder Ejecutivo y en algunas ocasiones de los otros órganos de poder nacional, La terminología garantía o libertades se usaba indistintamente, Sin embargo en el Perú quedó delimitado en (a Constitución de 1979, al consignarse los derechos y libertades preferentemente en el Capítulo 1, con los nombres de los derechos de la persona y en los capítulos siguientes, como derechos sociales, mientras que las garantías ocupaban el Título V, puntualizándose en éste a las garantías del Hábeas Corpus, la Acción de Amparo, la Acción de Inconstitucionalidad y la Acción Popular.

Las libertades como acciones políticas de eximición o liberaciones a acciones de oposiciones no tendrían mucha fuerza o resultarían anárquicas si no hubieran derechos que reconozcan su ejercicio; y ambos resultarían líricos si es que no hubieran resortes jurídicos que les den seguridad de ser practicados, esos resortes son las garantías.

Las garantías sin la institución de seguridad creada a favor de las personas, con el objeto de que dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho. Son remedios jurisdiccionales que tal como afirma Genaro R. Carrión, dan origen a una pretensión que sólo puede dirigirse al poder público,

porque es demanda de tutela para que ampare, asegure, restaure o haga efectiva una pretensión jurídica, en la que puede existir un derecho.

La Constitución peruana de 1979, que tuvo la virtud de precisar lo que exactamente son las garantías, es decir, no derechos ni libertades, sino mecanismos procesales de esos derechos ni libertades, consignó en su artículo 295, tres garantías: hábeas corpus, acción de amparo y acción popular, y en el artículo 298 la acción de inconstitucionalidad; habiendo sido desarrolladas, las dos primeras mediante la ley 23506, la tercera mediante la ley procesal N° 24968, y la acción de excesos del poder, que generalmente vienen de autoridades y funcionarios del Poder Ejecutivo y en algunas ocasiones de los otros órganos de poder nacional, regional o local.

La terminología garantía o libertades se usaba indistintamente, sin embargo en el Perú quedó delimitado en la Constitución de 1979, al consignarse los derechos y libertades preferentemente en el Capítulo I, con los nombres de los derechos de la persona y en los capítulos siguientes, como derechos sociales, mientras que las garantías ocupaban el Título V, puntualizándose en éste a las garantías del Habeas Corpus, la Acción de Amparo, la Acción de Inconstitucionalidad y la Acción Popular.

Las libertades como acciones políticas de eximición o liberaciones a acciones de oposiciones no tendrían mucha fuerza o resultarían anárquicas si no hubieran derechos que reconozcan su ejercicio; y ambos resultarían líricos si es que no hubieran resortes jurídicos que les den seguridad de ser practicados, esos resortes son las garantías.

Las garantías sin las instituciones de seguridad creadas a favor de las personas, con el objeto de que dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho. Son remedios jurisdiccionales que tal como afirma Genaro R. Carrión, dan origen a una pretensión que sólo puede dirigirse al poder público, porque es demanda de tutela para que ampare, asegure, restaure o haga efectiva una pretensión jurídica, en la que puede existir un derecho.

La Constitución peruana de 1979, que tuvo la virtud de precisar lo que exactamente son las garantías, es decir, no derechos ni libertades, sino mecanismos procesales de esos derechos ni libertades, consignó en su artículo

295, tres garantías: habeas corpus, acción de amparo y acción popular, y en el artículo 298 la acción de inconstitucionalidad se desarrolló en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales N° 23385.

La Constitución de 1993 las contempla en el artículo 200, pero con el añadido de considerar dos nuevas garantías, como son el Habeas Data y la Acción de Cumplimiento.

Sin embargo, cual es la finalidad de la Acción de Amparo y del Habeas Corpus, es la protección de los derechos consagrado directamente en la Constitución Política, y no a una derivación interpretativa, si bien todos los derechos reciben evidentemente su vigencia del Marco Constitucional, pero no puede colegirse que la violación de cualquier derecho da lugar a las acciones de Amparo o de Habeas Corpus, y para la protección de los demás derechos nace las llamadas vías paralelas.

Estas garantías están recogidas en el artículo 200 de la Constitución Política del Estado, y las que están destinadas a garantizar la Constitución a través de la Acción de Habeas Corpus, La Acción de Amparo y El Habeas Data, a diferencia de la Acción de Inconstitucionalidad, de la acción popular y de la acción de cumplimiento, que están garantizadas a garantizar la Constitución como norma, y además fundamental que es.

Cabe preciar que la unidad de la Carta Magna y del otro lado la supremacía de los derechos fundamentales, así es el carácter unitario de la Constitución deriva la necesidad de atender las normas de derechos fundamentales poniéndolas en conexión entre sí y con las demás normas del texto. De la supremacía de los derechos fundamentales deriva la necesidad de preferir la protección de éstos sobre la de otros bienes. Aplicadas conjuntamente, estas dos ideas exigen y justifican la armonización de los mandatos constitucionales procurando la mayor garantía de los derechos pero sin descuidar la protección mínima debida a otros bienes.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> CACERES JULCA, Roberto. Las Medidas de coerción Procesal. Editorial IDEMSA. Lima. Pag. 30-31.

### **La Acción de Habeas Corpus:**

Es la acción judicial ideada para proteger la libertad física individual. En el derecho peruano y en el de otros países de América Latina procede para amparar todas las garantías individuales y sociales. En el Perú la Constitución de 1920 la acogió en su artículo 24°, el habeas corpus, que había sido introducido por primera vez a través de la Ley de 21 de octubre de 1897 y modificado por las leyes 2223 y 2253, ambas del año 1916. La Constitución de 1933 lo amplió para todas las libertades individuales y sociales y el Código de Procedimientos Penales reguló su ejercicio con disposiciones orientadas a impedir que se prolongue la detención arbitraria. El Decreto Ley 17083 lo remite a la competencia civil en los casos que no entrañen privación de libertad, violación de domicilio o restricción de libertad de transitar.<sup>23</sup>

En lo que respecta al trabajo de tesis, ya en la Constitución de 1933 en que no solamente se hace referencia a los derechos individuales, sino se extiende el manto protector de esta institución a los derechos sociales.

Sin embargo para que proceda estos tipos de acciones necesariamente requieren la amenaza de violación o violación efectiva.

La formulación positiva de dicha frase es la procedencia misma frente a acciones u omisiones que vulneren o amenacen vulnerar el contenido jurídico de un derecho constitucional. Mientras que la formulación negativa se define a partir de una serie de causales de improcedencia general de las acciones de garantía.

Las características de las Amenaza o violación efectiva: En el ámbito previo viene constituido por todas aquellas situaciones que de alguna manera supongan una amenaza a los derechos constitucionales. La virtualidad de la garantía ante estas situaciones es no sólo evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, sino en hacer desaparecer la

---

<sup>23</sup> BOREA ODRÍA, Alberto. El Amparo y El Habeas Corpus en el Perú de Hoy. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima. 1985. Pag.81

amenaza misma por constituir ésta, en cuanto tal, un impedimento al pleno ejercicio de los derechos constitucionales amenazados.

El ámbito posterior, por el contrario, se constituye a partir de situaciones que han configurado lesiones efectivas a los derechos constitucionales, de modo que el poder de acción de la garantía irá dirigido a hacer cesar la violación del derecho. En y otro caso se trata de hacer cesar la afectación irregular del derecho, ya sea mediante omisión, ya sea mediante acción, y consecuentemente y simultáneamente volver las cosas al estado anterior de ocurrida la mencionada afectación.

Pero no cualquier acción o cualquier omisión de un derecho constitucional sirve para la procedencia de una acción de garantía, sino que las referidas acción u omisión deben ser claras y manifiestas, más por la naturaleza de las acciones no tienen etapa probatoria.

La amenaza que cierne sobre el derecho protegido debe ser real y no hipotética; y además debe ser de tal naturaleza que se desprenda inequívocamente que de manifestarse esta situación, la amenaza se convertiría en violación efectiva en un tiempo bastante breve. Como bien ha dicho el Tribunal Constitucional "la amenaza de violación de un derecho constitucional se acredita cuando ésta es cierta y de inminente realización; es decir, cuando el perjuicio es real, efectivo, tangible, concreto e ineludible. En tal sentido sólo procede en el supuesto que exista elementos que permitan crear convicción de la certeza e inminencia de la ejecución de la amenaza que alega el peticionante.

Las acciones de garantías por omisión de acto debido; los casos más problemáticos se presentan no respecto de lesiones por acción, sino más bien en casos de lesión por omisión del cumplimiento de acto debido; en estos casos la finalidad de la acción de garantía será precisamente lograr el cumplimiento del acto debido, de modo que el fallo que resuelva la acción ordenará el cumplimiento incondicional e inmediato de dicho acto.

Las acciones de garantía excepcional y alternativa; las acciones de garantías deben acudir de modo excepcional y siempre como último recurso o medio para solventar una situación arbitraria de vulneración de un derecho constitucional, no ha sido extraña ni a la doctrina ni a concretos ordenamientos jurídicos. El carácter excepcional de las acciones de garantías, tanto en su trámite como por su objeto plantea una cuestión con relación a las vías paralelas. Si efectivamente las acciones de garantías son excepcionales, se debería acudir a ellos sólo cuando no exista otro medio judicial para salvar el derecho constitucional afectado.

De esta manera las acciones de garantías deben ser tomadas como último remedio contra la arbitrariedad. En nuestro caso estas acciones no tienen el carácter subsidiario o excepcional, sino tiene un carácter alternativo, es decir cuando existe un agravio de un derecho constitucional, y el afectado tienen la posibilidad de iniciar la vía judicial ordinaria o activar el proceso constitucional en salvación de su derecho constitucional, será él quien opte por acudir a una u otra vía, sabiendo que si decide por la primera, se le habrá cerrado definitivamente el camino constitucional.

Se puede hablar de vía previa en el Habeas Corpus; en los procesos irregulares, tiene configurada también como requisito de procedencia el agotamiento de una vía previa. Y esto ocurre porque, cuando además de la vulneración del derecho al debido proceso ocurre la vulneración del derecho a la libertad o alguno conexo, la acción que procede interponer es el habeas corpus. Así, es que esta acción no podría interponer si no han agotado los recursos impugnativos que ofrece el proceso cuya irregularidad se invoca.

La Libertad Personal, es un derecho constitucional que toda persona tiene, no pudiéndose disponer forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley.

En este mismo sentido el artículo 9.1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, señala que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales, y nadie podrá ser sometido a prisión arbitraria: Nadie podrá ser

privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecidos en ésta, de igual modo el artículo 7 del Pacto de san José de Costa Rica.

El Tribunal Constitucional ha dicho que la libertad personal, es un derecho subjetivo, reconocido en el inciso 24) del artículo 2) de la Constitución Política del Estado y, al mismo tiempo, uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional.

Como derecho subjetivo, la libertad personal, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza, pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, según señala el artículo 9° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>24</sup>

Este derecho establece en primer término que sólo el Juez puede ordenar la detención de personas que no se encuentren en flagrante delito se regulaba por lo dispuesto en el artículo 12 de (a Ley ('1" 23506, sin embargo antes de (a redacción de este articulado se tuvo que discutir qué derechos dan lugar al habeas corpus, por cuanto esta acción es de tipo fulminante por que casi no da lugar a contienda, y esto en razón de defender los derechos estrictamente individuales cuya trasgresión pone en grave peligro la individualidad del ciudadano reclamante.

El Habeas Corpus, debe su nacimiento al derecho de no ser detenido sino por mandato judicial y motivado del Juez o por las autoridades policiales en el caso de flagrante delito, o de no ser puesto el delito dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo

---

<sup>24</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Habeas Corpus, Amparo y Habeas Data. Ara Editores. Piura. Año 2004. Pag. 319.



con el acápite "g" inciso 20) del artículo 2° de la Constitución, así como de las excepciones que en él se consigna.

En la historia los soberanos ingleses comenzaron a desoír el mandato que había sido impuesto o auto impuesto, según se quiera considerar en la Carta Magna de 1215, promulgada por Juan Sin Tierra, mediante el cual ningún hombre podía ser puesto en prisión o exiliado sino a través de un juzgamiento fruto de un proceso realizado por sus pares y de acuerdo a las leyes del reino.

En nuestro ordenamiento jurídico todos los derechos reconocidos en norma Constitucional tienen el mismo rango, sin que entre ello pueda establecerse ninguna jerarquía; jerarquía que si existe entre estos derechos constitucionales y los derechos infra constitucionales, entendiéndose por éstos últimos aquellos derechos que son creados jurídicamente por una norma de rango inferior a la Constitución, como puede ser una Ley.<sup>25</sup>

Las acciones de garantía tales como el Habeas Corpus, Amparo y Habeas Data están dirigidas a proteger a los derechos con rango constitucional, todos los demás derechos pueden ser protegidos mediante procedimientos judiciales ordinarios ante los distintos órganos del Poder Judicial; sin embargo los derechos constitucionales por su significado tienen competentes de la norma constitucional y consecuentemente por especial papel al interior de nuestro ordenamiento jurídico sólo pueden ser activados cuando se refieran a la defensa de los derechos con rango constitucional.

Entonces, no basta acreditar que exista la afectación de un derecho, sino se debe acreditar que este derecho tiene el rango de un reconocido por la Constitución o por Tratados Internacionales.

La protección de los derechos también se extiende a los derechos implícitamente reconocidos que si bien son reconocidos por la norma constitucional, no están expresamente establecidos.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> CASTILLO COROVA, Luis. Habeas Corpus, Amparo y Habeas Data "Un estudio especialmente jurisprudencial. Pag 14. 2004. Editorial

<sup>26</sup> Sobre los derechos constitucionales implícitos BIDART CAMPOS ha escrito que "aquí la Constitución previene sobre la trascendencia de sus silencios, y en cierta forma de ella misma la pauta para que adquieran voz audible para el intérprete. Nos dice: los derechos que callo están en mí, no en mi letra, pero sí en mi espíritu, en mi ideología, en mi idea de derecho, en mi filosofía (a

Complementariamente para que proceda la acción de garantía, la agresión debe referirse directamente a un derecho constitucional y no a una derivación sucesiva de éste.

Los derechos protegidos, como garantía más importante es el Habeas Corpus, la misma que "procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos", sobre el respecto el Tribunal Constitucional tiene dicho que "la acción de Habeas Corpus es una garantía de trámite inmediato y que está vinculada en esencia a la protección de la libertad individual de la persona humana, a fin de protegerla contra los actos coercitivos practicados por cualquier autoridad, funcionario o persona; que atente contra aquel derecho, cuando tales actos aparezca de modo arbitrario".

Los derechos que protegen la Acción de Habeas Corpus son:

- Guardar reserva sobre sus convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquier otra índole.
- De la libertad de conciencia y de creencia.
- El de no ser violentado para obtener declaraciones.
- El de no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer su culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- El de no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.
- El de no ser expatriado ni separado del lugar de su residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

---

lo mejor también en mi historia). En suma: los albergo en el conjunto cultural que me insufla energía. Y nos está suministrando el camino para integrar su carencia cuando debamos interpretar un derecho no enumerado expresamente en su catálogo. El camino tiene un indicador: hay que presumir la constitucionalización de los derechos implícitos, no sin la medida necesaria que frena los ímpetus inflacionistas". BIDART CAMPOS Germán. Teoría General de los derechos humanos. Astrea. Buenos Aires. 1991. p. 412. 3 5 BOREA ODRIA, Alberto. Evolución de las Garantías Constitucionales. Pag. 58. El plantear cuestiones sin relevancia constitucional ha sido una de las razones que ha motivado el empleo abusivo de las acciones de garantía en general y de la acción de amparo en particular. Acierta Eguiguren cuando afirma que "otro problema recurrente en la gran cantidad de acciones de amparo, ha sido que a pesar de invocarse el derecho efectivamente constitucional, la afectación alegada no está referida a un aspecto susceptible de ser comprendido dentro del contenido o ámbito de protección constitucional de dicho derecho. La distorsión consiste en extender indebidamente el contenido y alcances de un derecho reconocido en la Constitución, refiriéndolo a situaciones que, si bien guardan alguna relación o se derivan de un derecho constitucional, escapan a temas o problemas realmente constitucionales y se vinculan a aspectos regulados o por la vía legal y los procesos judiciales ordinarios o especiales".

- El de no ser secuestrado.
- El del extranjero a quien se ha concedido asilo político de no ser expulsado al país cuyo Gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
- El de los nacionales o de los extranjeros residentes, de ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la ley de extranjería o de sanidad.
- El de no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en el caso de flagrante delito; o el de no ser puesto el detenido, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite "g" del inciso 20 del artículo 2 de la Constitución así como de las excepciones que en él se consignan.
- El de no ser privado de su pasaporte, dentro y fuera de la República.
- El de no ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y por el tiempo previsto por la ley, de acuerdo con el acápite "i" del inciso 20 del artículo 2 de la Constitución.
- El de ser asistido por un abogado defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad.
- El de hacer retirar las guardias puestas a un domicilio a suspender el seguimiento policial cuando ello atente contra la libertad.
- El de la excarcelación, en el caso de un detenido o procesado que haya sido amnistiado, indultado, sobreseído, absuelto o declarada prescrita la acción penal o la ejecución de la pena.
- El de que observe el trámite correspondiente cuando se trate del procesamiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la actual Constitución peruana.

Asimismo, se han implementado nuevos tipos de habeas corpus, en el Código Procesal Constitucional, los cuales son:

#### **Habeas Corpus Reparador**

Art. 25°.7 CPConst: procede el HC ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del

Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito... TC: Exp. 1324-2000-HC/TC Caso Chavez Abarca.

**Hábeas Corpus Preventivo:**

Art 2° del CPCons: "Los procesos constitucionales de habeas corpus, (...) proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización" TC: Exp. 3171-2003-HCfTC, Caso Arnaiz Figueroa

**Hábeas Corpus Restringido:**

Art. 25°.13 del CPCons: procede el HC ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados. Art. 25.6: derecho a ingresar, transitar o salir del territorio nacional

Ejm. Prohibición de acceso a determinados lugares, vigilancia domiciliaria arbitraria, injustificadas citaciones policiales. TC: Exp. 2876-2005-PHC/TC, Caso Mallqui Laurence

**Hábeas Corpus Traslativo:**

Art.25°.14 del CPCons: procede el habeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez. TC: Exp. 2137-2004-HCfTC Caso Mamani Cruz

**Hábeas Corpus Excepcional:**

Art. 23 del CPCons.- Los procesos constitucionales en ellos, el habeas corpus /no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Cuando se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo

**Habeas Corpus Innovativo:**

Art. 1° del CPCons: "... Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda

precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda ...".

**Habeas Corpus Correctivo:**

Art. 25°.13 del CPCons: procede el HC ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena". TC: Exp. 726-2002-HC/TC Caso Rodríguez Medrano; Exp. 0590-2001-HC/TC Caso Abimael Guzmán Reynoso

**Habeas Corpus Instructivo:**

Art. 25°.16 del CPCons: procede el HC ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a no ser objeto de una desaparición forzada. Ver además art. 32 del CPCons TC: Exp, 2488-2002-HG/1-C Caso Villegas Namuche

**B.- Los Mecanismos Internacionales.**

- > Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; estos derechos constituyen una obligación absoluta, natural a la persona humana, y son un patrimonio común de la humanidad.
- > Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.
- > Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
- > Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales. (Roma 1950) > Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 7 (2) de la Convención Americana establece que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ella. El artículo 7 (5) de la Convención establece que: "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá

derecho a ser juzgado dentro del plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

Las normas internacionales sobre derechos humanos establecen restricciones a la libertad personal. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9, inciso 1) señala:

"Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7 inciso 2) señala:

"Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".

Al interpretar esta disposición la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que:

"(...) nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidas por la misma (aspecto formal)"<sup>27</sup>.

En consecuencia, como señala HUERTA "la privación de la libertad personal sólo puede efectuarse en los casos, con las formas y por el tiempo previstos en la Constitución o la ley. En caso contrario, estaremos ante una medida de carácter ilegal (privación ilegal de la libertad) que se encuentra prohibida a nivel nacional e internacional"<sup>28</sup>.

#### **2.2.10.- Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.**

El Gobierno Central conocedor de la problemática que enfrentan los Institutos Armados para poder regular la disciplina dentro de las Instituciones Castrenses, ha intentado legislar sobre esta materia a través de la Ley Nro.

---

<sup>27</sup> HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. Libertad personal y hábeas corpus: Estudios sobre jurisprudencia constitucional. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003. p.12.

<sup>28</sup> CASO GANGARAM PANDAY, sentencia del 21 de enero de 1994, párrafo 47.

29131 promulgada el 09 de noviembre del 2007, denominada "Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas".

La mencionada ley tiene por objeto la prevención de las infracciones de carácter disciplinario en que pudiera incurrir el Personal Militar, asimismo regula los principios en que se sustenta tales como:

- Cumplimiento del debido proceso.
- Inmediatez.
- Legalidad. Aplicación de Sanción Mayor.
- Razonabilidad. Reserva.
- Non bis in idem.
- Tipicidad.
- Proporcionalidad.

Define a la Disciplina Militar, como la condición esencial para la existencia de toda Institución Militar. Permite al Superior exigir y obtener del subalterno, bajo cualquier circunstancia, la ejecución de las órdenes impartidas y el cumplimiento de los deberes militares.

Teniendo por finalidad es posibilitar el cumplimiento de la misión, objetivos o tareas trazados en las Instituciones Armadas.

La Orden Militar, puede ser verbal o escrita de carácter imperativo, debe ser legítima, lógica, oportuna, clara, precisar y concisa.

En su artículo 17 hace una Clasificación de las sanciones:

- a) Amonestación.
- b) Arresto Simple.
- c) Arresto de Rigor.
- d) Postergación en el Ascenso.
- e) Pase a la Situación de Disponibilidad por Medida Disciplinaria.
- f) Pase a la Situación de Retiro por Medida Disciplinaria.

g) Baja del Servicio Militar por Medida Disciplinaria (Personal de Tropa / Marinería) h) Cancelación de asimilación y/o contrato (Personal Militar Asimilado, Reserva y Reenganchado).

Sin embargo dentro de su estructura normativa, vuelve a cometer los mismos errores que los Reglamentos Internos que regulan las sanciones disciplinarias en las Fuerzas Armadas, tales como en la aplicación de los Arrestos de Simple y de Rigor, que en sus artículos 19 y 20 establecen que el personal militar sancionado debe quedarse dentro de las Instalaciones Militares por el tiempo que dure la sanción, desarrollando su rutina normal de trabajo, sin estar exento del servicio. Atentando de esta manera contra el derecho constitucional que tiene todo ciudadano a no ser detenido, ni restringido su derecho al libre tránsito, sino no es por mandamiento escrito del Juez, salvo en caso de flagrante delito o peligro inminente en su perpetración, figuras legales que no guardan relación con los sustentos legales que pudiera tener las sanciones disciplinarias.

Desprendiéndose que si bien es cierto las Fuerzas Armadas a través de esta Ley han dado un mejor marco normativo al Régimen Disciplinario estos aún atentos contra derechos fundamentales de los ciudadanos militares, lo cual reafirma el presente trabajo de tesis.-



### **CAPITULO III**

#### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **3.1 HIPOTESIS GENERAL:**

En la 3era Brigada de Caballería de Tacna, la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA, tiene un efecto significativo en la privación de libertad.

#### **3.1.1 HIPOTESIS ESPECÍFICAS:**

- a) En la 3era Brigada de Caballería de Tacna, el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, vulnera el derecho a la libertad.
- b) En la 3era Brigada de Caballería de Tacna, la Privación de la Libertad se aplica inadecuadamente mediante sanciones administrativas.

#### **3.2 VARIABLES.-**

##### **3.2.1 Variable Independiente.**

Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA

##### **3.2.2 Variable Dependiente.**

La Privación de la Libertad

#### **3.3 INDICADORES Y ESCALA DE MEDICIÓN**

##### **3.3.1 INDICADORES DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE**

- Sanciones establecidas

- Vulneración de derechos

### 3.3.1.1 ESCALA DE MEDICIÓN

Nominal

### 3.3.2 INDICADORES DE LA VARIABLE DEPENDIENTE:

- Medidas aplicadas:

Arresto de rigor

Arresto simple

- % de personal infractor

### 3.3.2.1 ESCALA DE MEDICIÓN

Nominal

## 3.4 TIPO DE LA INVESTIGACIÓN:

Esta Tesis se ha basado en un nivel de investigación **APLICATIVA - JURIDICA**, por cuanto tendremos que ir más allá de la descripción. Se tendrá que explicar por qué ha sucedido el fenómeno de ausencia de protección del derecho a la libertad personal (derecho fundamental) del personal militar en el Perú y en qué condiciones se dio, cuáles fueron sus razones. En este nivel de investigación, se deben responder a las preguntas como: ¿Qué efectos? ¿Qué causas? ¿A qué se debe? ¿Por qué? ¿Qué? ¿Cuál es la solución?. Llegándose a proponer una fórmula legislativa que esté acorde con los criterios constitucionales.<sup>29</sup>

El tipo y nivel de investigación tienen que estar interrelacionados para un mejor resultado de la investigación.

---

<sup>29</sup> RAMOS NUÑEZ, Carlos. Como Hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento. Gaceta Jurídica. Tercer Edición. 2005. Pag.176.

### **3.5 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:**

Estudio no experimental de corte transversal, de nivel descriptivo explicativo correlacional.

### **3.6 METODOS:**

Los métodos aplicados en el presente trabajo de investigación son los siguientes:

- Descriptivo
- Analítico
- Síntesis
- Estadística

La investigación describe y analiza la necesidad de las sanciones disciplinarias (V.I), contenidas en los reglamentos militares (V.0) que podrían atentar contra la libertad personal (V.D.).<sup>30</sup>

### **3.7 AMBITO DE LA INVESTIGACIÓN:**

Esta investigación tiene una delimitación espacio – temporal; en cuanto a lo primero, la investigación comprenderá en la 3ª Brigada de caballería de Tacna.

### **3.8 UNIDAD DE ESTUDIO:**

#### **3.8.1 POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO.**

##### **3.8.1.1 POBLACION:**

La población está determinada por 92 expedientes de Procesos Administrativos sancionador (Ley de Régimen

---

<sup>30</sup> SOLIOS ESPINOZA, Alejandro. Metodología de la Investigación Jurídico Social. Lima. Año 2001. Pag. 91

Disciplinario de las FFAA) en los periodos 2013 y 2014 en la 3ª Brigada de Caballería - Tacna.

Año 2013- 45 expedientes

Año 2014- 47 expedientes

Total 92 expedientes.

Así también, constituye población de estudio el personal militar que presta servicios en la 3ª Brigada de Caballería de Tacna, en número de 120.

#### **3.8.1.2 MUESTRA DE ESTUDIO:**

Muestra probabilística o dirigida.

#### **3.8.1.3 UTILIZACIÓN DE FORMULA ESTADISTICA:**

##### **Procedimiento para determinar la muestra**

$$n = \frac{NZ^2}{4(n-1)e^2 + Z^2}$$

##### **Donde:**

N= Población

n= Muestra provisional

Z=Nivel de confianza

E= 0.05 (precisión o margen de error)

**Fórmula:**

$$n = \frac{120 * 1.96^2}{4 (120-1) 0.05^2 + 1.96^2}$$
$$n = \frac{460.99}{5.03}$$
$$n = 91.64$$
$$n = 92 \text{ militares}$$

**3.8.2 CRITERIOS DE INCLUSION:**

Se tomaron en consideración a:

- Personal militar que labora en la 3ª Brigada de Caballería – Tacna.
- Expedientes de procedimientos administrativo sancionador concluidos de los periodos 2013 y 2014.

**3.8.3 CRITERIOS DE EXCLUSIÓN.-**

Se excluye a todos los que no están inmersos en el criterio anterior.

**3.9 TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:**

Se utilizaron técnicas de investigación documental y de investigación de campo apropiadas y se elaboraron y aplicaron instrumentos de recolección de datos.

**3.9.1 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL-EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.**

Técnica: Observación o Investigación documental expediente Administrativo sancionador.

Instrumento: Ficha de Observación documental realizado al personal militar que presta servicios en la 3ª Brigada de Caballería de Tacna.

### **3.9.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INVESTIGACIÓN DE CAMPO.**

- ✓ Técnica: La encuesta
- ✓ Instrumentos: Cuestionario estructurado. Aplicado al personal militar de la 3ª Brigada de Caballería - Tacna.

### **3.9.3 VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO**

Los instrumentos de medición han sido validados por juicios expertos, especialistas en la materia y expertos en metodología de la investigación

### **3.10 MÉTODO PARA EL RECuento.**

Se ha utilizado el método Mecanizado para el recuento de la información con procesadores de textos en el programa de Word y Excel.

Presentación de datos.

Consiste en dar a conocer los datos en forma resumida, objetiva y entendible.

Para la presentación de datos las formas utilizadas son:

- 1.- La Tabular: (tablas o cuadros estadísticos)
- 2.- Gráficas: Diagramas de Sectores: Se utiliza con fines comparativos. Presenta cifras absolutas y /o porcentajes. Gráficas circulares.

### **3.11 PROCESAMIENTO, PRESENTACION Y ANALISIS E INTERPRETACION DE DATOS.-**

#### **3.11.1 ANALISIS DE DATOS**

Se analizó e interpretó la información procesada a través de:

1. Análisis Cuantitativo
2. Análisis Cualitativo
3. La síntesis.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS Y COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

#### 4.1 DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

En la ejecución de la Investigación se realizaron las siguientes acciones:

- a) Se elaboró el Marco Teórico de la Tesis, con el fin de consolidar las bases y fundamentación del trabajo. Para realizar esta tarea se recurrió a diferentes fuentes bibliográficas, a fin de abordar los aspectos más significativos de las variables de estudio.
- b) Para alcanzar los resultados y la discusión de los mismos, se aplicó el cuestionario y la Ficha de Observación como instrumentos de recolección de datos; los que fueron aplicados a la muestra determinada. Para ello se procedió a la tabulación, procesamiento y representación estadística de los datos, cuyos resultados se analizaron e interpretaron tanto descriptiva como estadísticamente.
- c) La verificación de hipótesis fue el aspecto culminante del trabajo de Investigación. Para ello, se procedió a comprobar las hipótesis específicas siendo debidamente comprobadas y aceptadas, por lo que la Hipótesis General, en consecuencia, quedó comprobada y aceptada.
- d) Finalmente, se plantearon las conclusiones y recomendaciones como, asimismo se presentaron los instrumentos de medición en los anexos que permitieron la realización del presente capítulo.



## 4.2 RESULTADOS DE LA FICHA DE OBSERVACIÓN APLICADA A LOS EXPEDIENTES DEL PERSONAL MILITAR SANCIONADO DE LA 3ERA BRIGADA DE CABALLERIA

### I. Información General

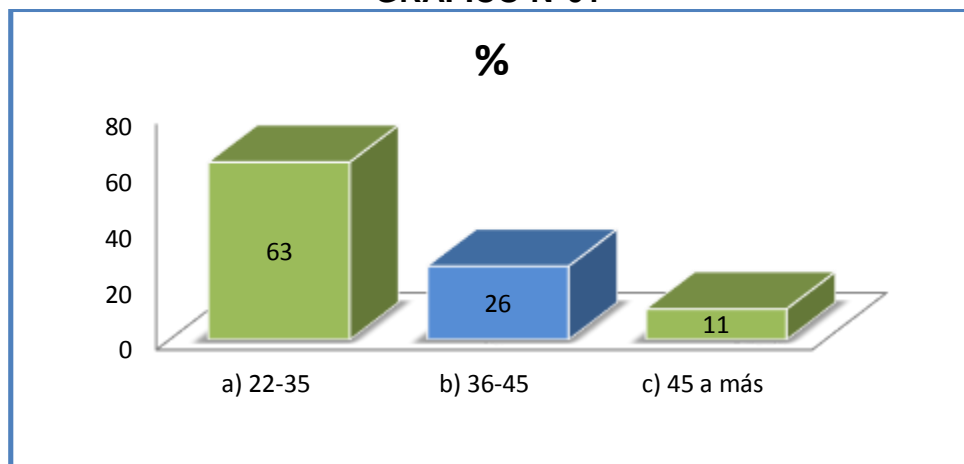
**TABLA N°01**  
Información del detenido:

#### Edad

Alternativas	f	%
a) 22-35	58	63
b) 36-45	24	26
c) 45 a más	10	11
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°01**



Fuente: Tabla 1  
Elaboración: Propia

### Interpretación:

En la tabla y gráfico se observa que el 63% de los encuestados está en el rango de edad entre 22 a 35 años, el 26% entre 36 a 45 años; y el 11% de 45 a más.

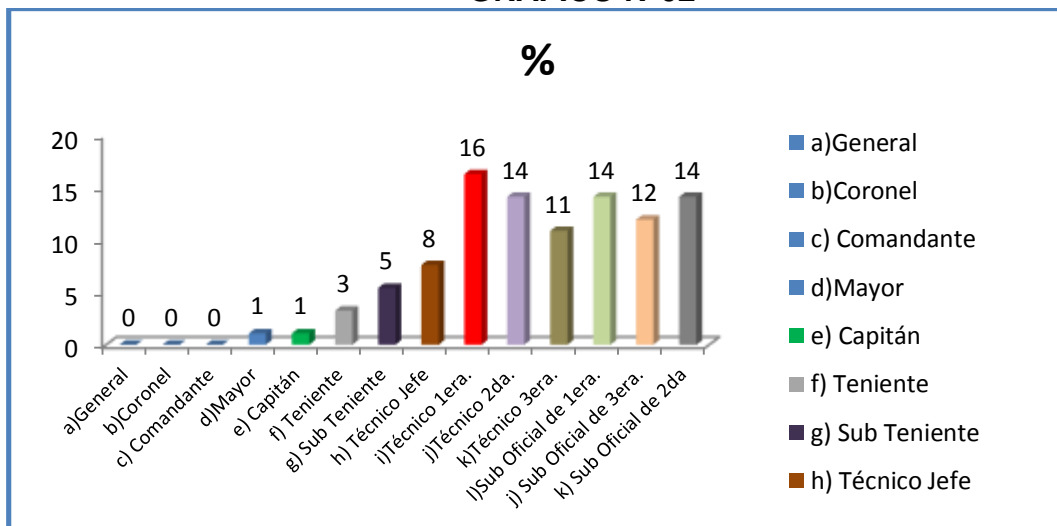
**TABLA N°02**

**Grado**

<b>Alternativas</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a)General	0	0
b)Coronel	0	0
c) Comandante	0	0
d)Mayor	1	1
e) Capitán	1	1
f) Teniente	3	3
g) Sub Teniente	5	5
h) Técnico Jefe	7	8
i)Técnico 1era.	15	16
j)Técnico 2da.	13	14
k)Técnico 3era.	10	11
l)Sub Oficial de 1era.	13	14
j) Sub Oficial de 3era.	11	12
k) Sub Oficial de 2da	13	14
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°02**



Fuente: Tabla 2  
Elaboración: Propia

**Interpretación:**

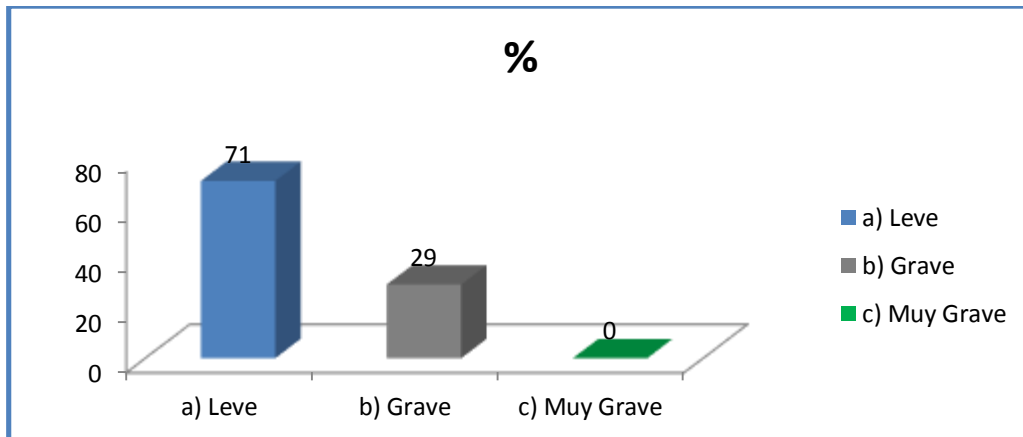
En la tabla y gráfico se observa que en mayor porcentaje del personal sancionado comprende el rango de sub oficial y en menor porcentaje son oficiales.

**TABLA N°03**  
**Tipo de Infracción Administrativa**

<b>Alternativas</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Leve	65	71
b) Grave	27	29
c) Muy Grave	00	00
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°03**



Fuente: Tabla 2  
Elaboración: Propia

**Interpretación:**

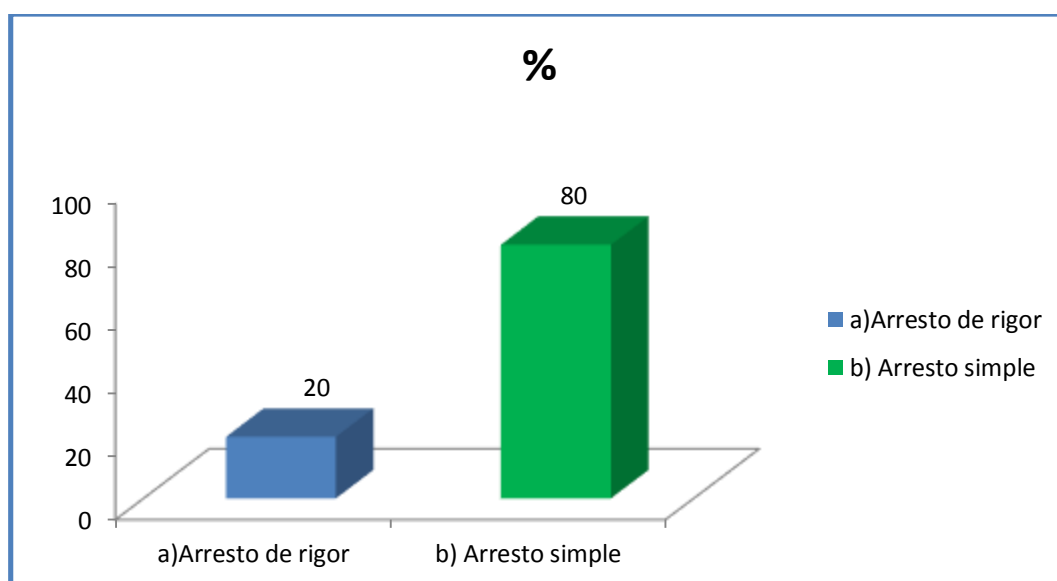
En la tabla y gráfico se observa que el 71% de los encuestados han cometido infracción administrativa leve, y el 29% de los encuestados cometieron infracción administrativa grave.

**TABLA N°04**  
**Tipo de Sanción**

Alternativas	f	%
a)Arresto de rigor	18	20
b) Arresto simple	74	80
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°04**



Fuente: Tabla 4  
Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y gráfico se observa que el 80% de los encuestados han sido sancionados con arresto simple; y, el 20% de los encuestados han sido sancionados con arresto de rigor.

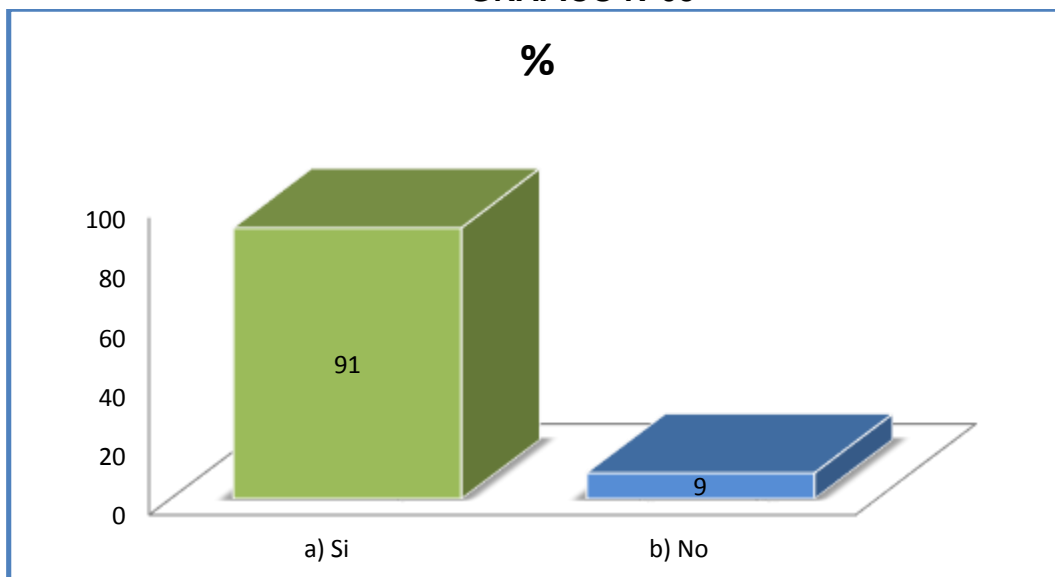
## II. El Superior Sancionador

**TABLA N°05**  
**El Superior sancionador tipifica la infracción administrativa**

Alternativas	f	%
a) Si	84	91
b) No	8	9
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°05**



Fuente: Tabla 5  
Elaboración: Propia

### **Interpretación:**

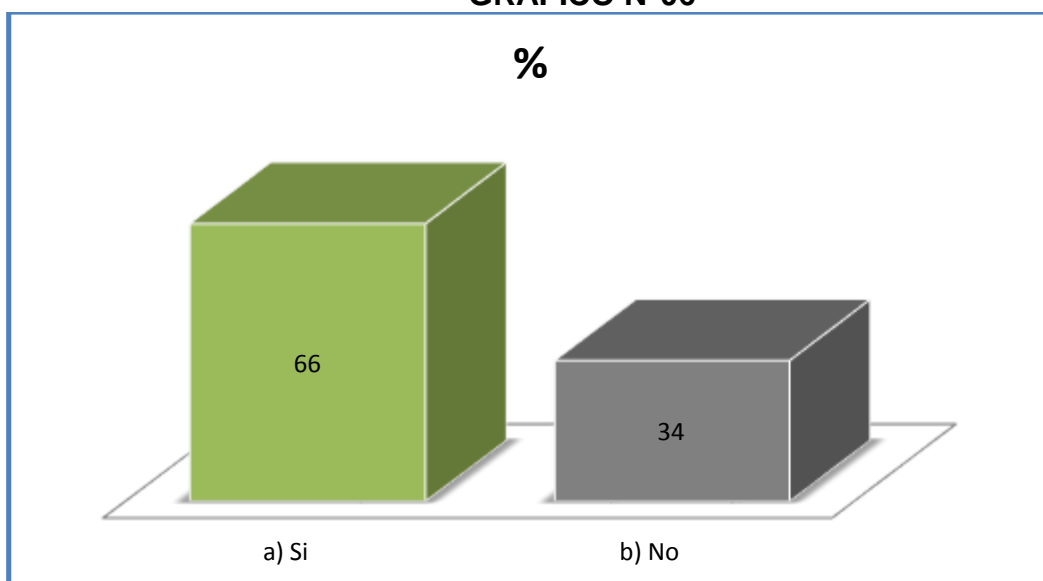
En la tabla y gráfico se observa que el 91% de los encuestados han manifestado que el superior sancionador tipifica la infracción administrativa; y, sólo el 9% de los encuestados han señalado el contrario.

**TABLA N°06**  
**El Superior sancionador sanciona objetivamente la infracción administrativa**

<b>Alternativas</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Si	61	66
b) No	31	34
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
 Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°06**



Fuente: Tabla 6  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

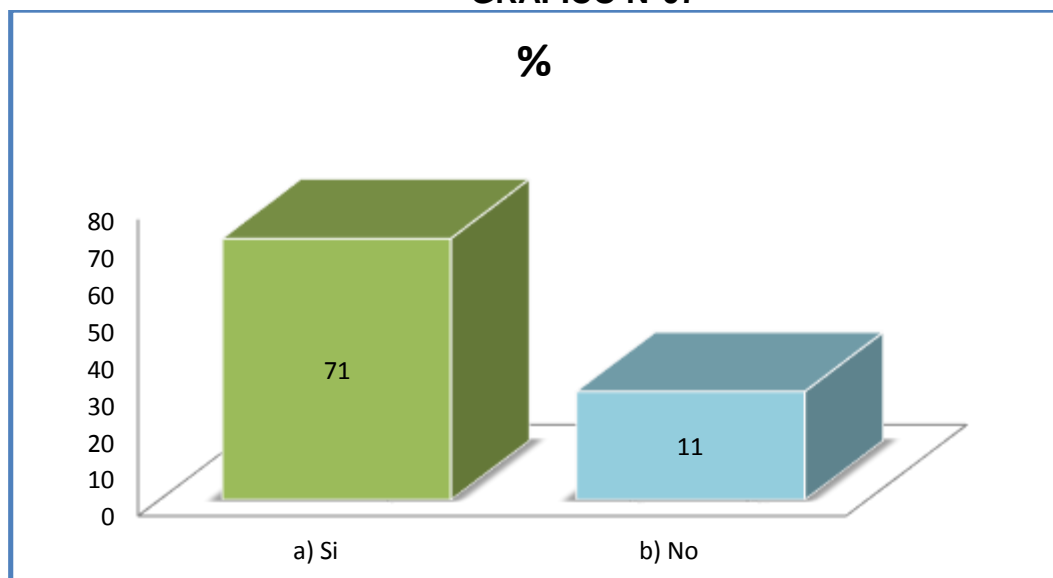
En la tabla y gráfico se observa que el 66% de los encuestados han manifestado que el superior sanciona objetivamente la infracción administrativa; y, el 34% de los encuestados manifiesta el contrario.

**TABLA N°07**  
**El Superior Sancionador aplica correctamente la Ley Régimen**  
**Disciplinario**

Alternativas	f	%
a) Si	65	71
b) No	27	29
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
 Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°07**



Fuente: Tabla 7  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

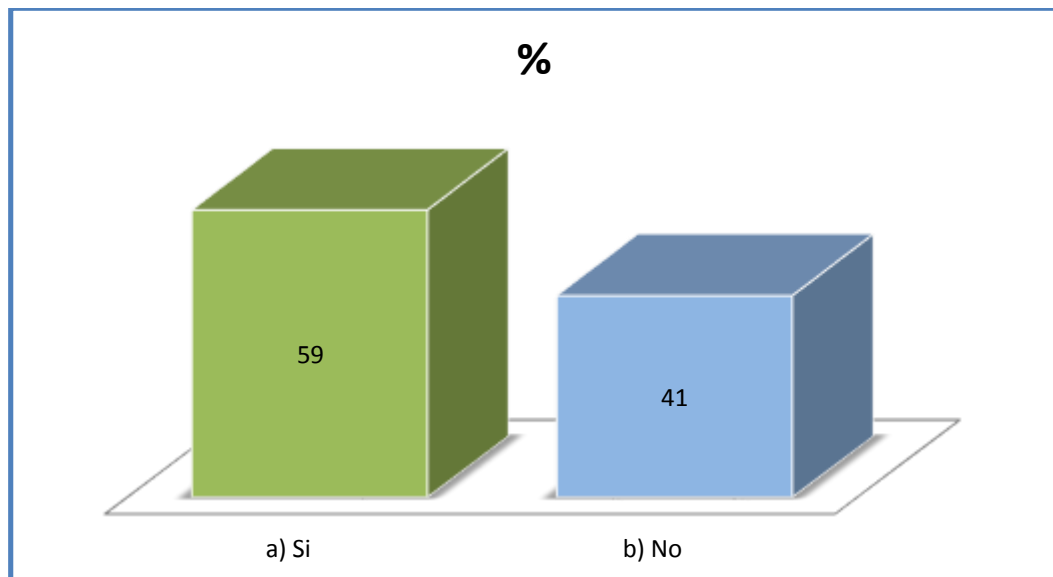
En la tabla y gráfico se observa que el 71% de los encuestados han manifestado que el superior sancionador aplica correctamente la Ley Régimen Disciplinario; y, el 11% de los encuestados manifiesta el contrario.

**TABLA N° 08**  
**El Superior Sancionador sustenta los motivos de la infracción**  
**administrativa**

<b>Alternativas</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Si	54	59
b) No	38	41
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
 Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°08**



Fuente: Tabla N° 08  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y gráfico se observa que el 59% de los encuestados han manifestado que el superior sancionador sustenta los motivos de la infracción administrativa; y, el 41% de los encuestados manifiesta el contrario.

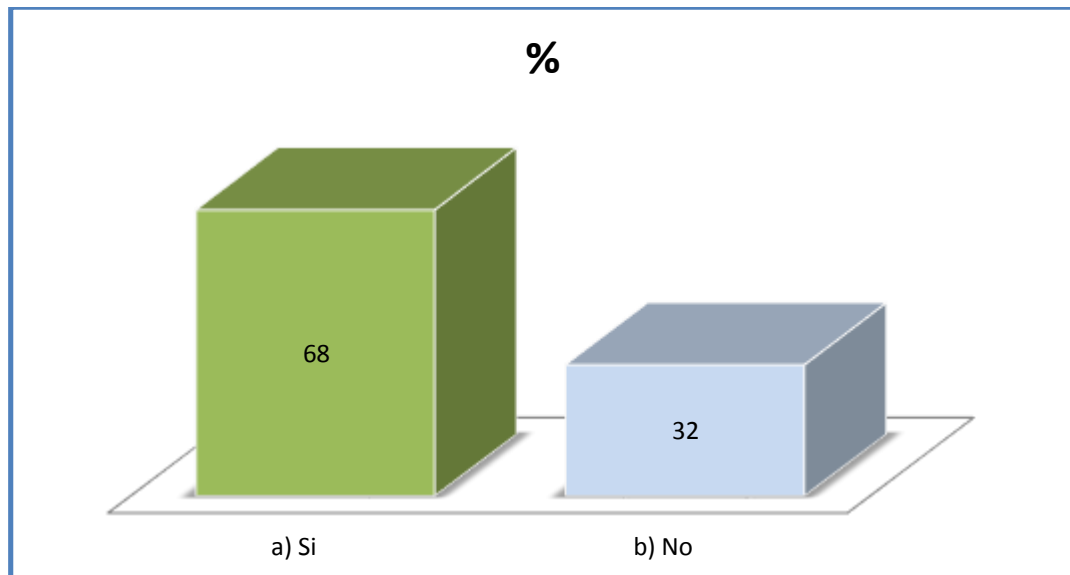


**TABLA N° 09**  
**El Superior Sancionador respeta el debido proceso a la Ley Régimen Disciplinario**

<b>Alternativas</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Si	63	68
b) No	29	32
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
 Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°09**



Fuente: Tabla N° 09  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

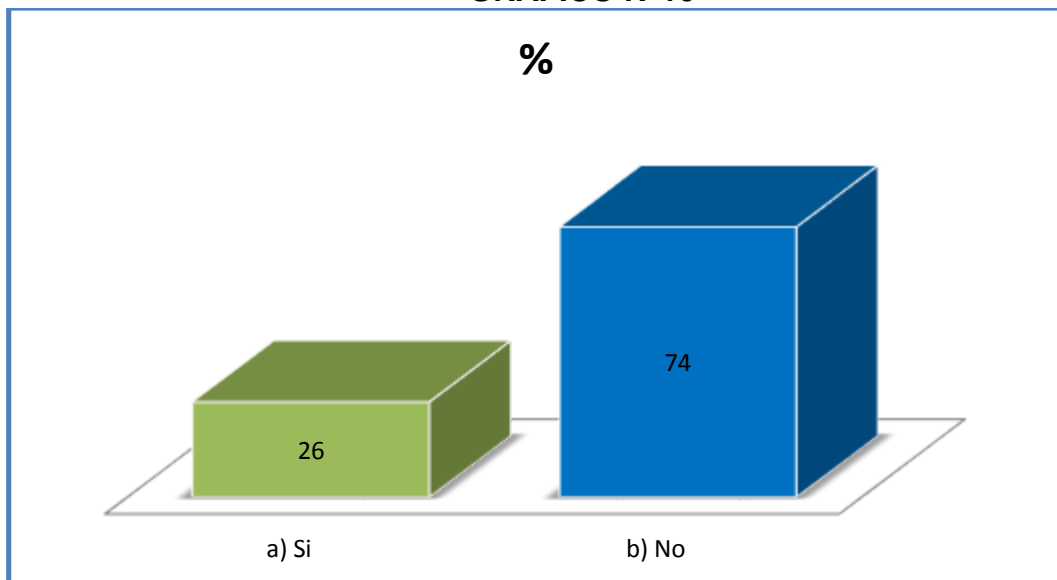
En la tabla y gráfico se observa que el 68% de los encuestados han manifestado que el superior sancionador respeta el debido proceso a la Ley Régimen Disciplinario; y, el 32% de los encuestados manifiesta el contrario.

**TABLA N° 10**  
**El Superior Sancionador al imponer la papeleta de Arresto, respeta los derechos fundamentales de la persona (Derecho a la libertad):**

<b>Alternativas</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Si	24	26
b) No	68	74
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
 Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°10**



Fuente: Tabla 10  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y gráfico se observa que el 74% de los encuestados han manifestado que al imponer la papeleta de arresto, “no” se respeta los derechos fundamentales de la persona (Derecho a la libertad); y, el 26% de los encuestados manifiesta el contrario.

### III. EL SANCIONADO

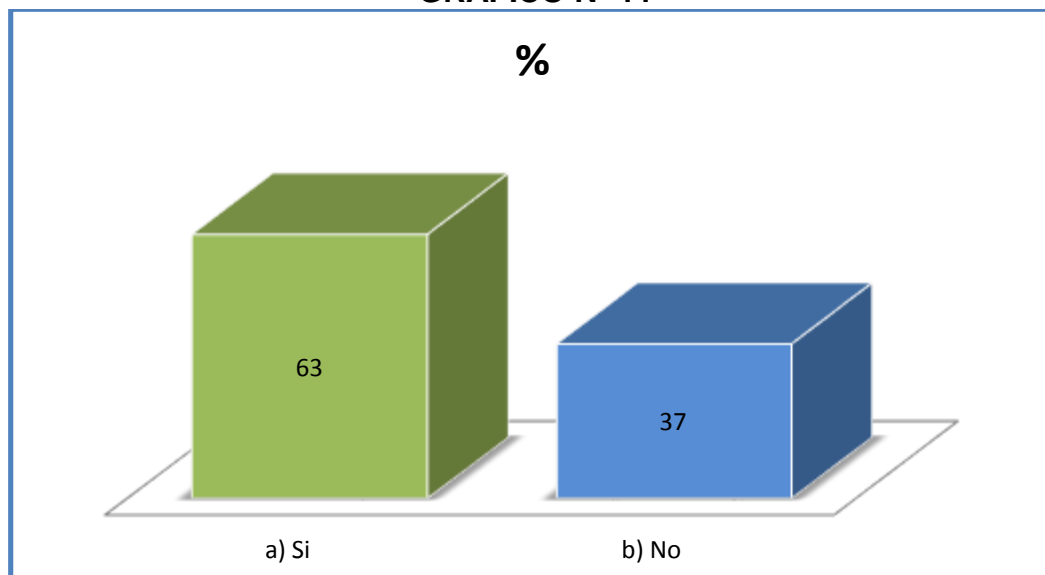
**TABLA N° 11**  
**El Sancionado desconoce el procedimiento de la Ley de Régimen Disciplinario**

Alternativas	f	%
a) Si	58	63
b) No	34	37
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación

Elaboración: Propia

**GRÁFICO N° 11**



Fuente: Tabla N° 11

Elaboración: Propia

#### **Interpretación:**

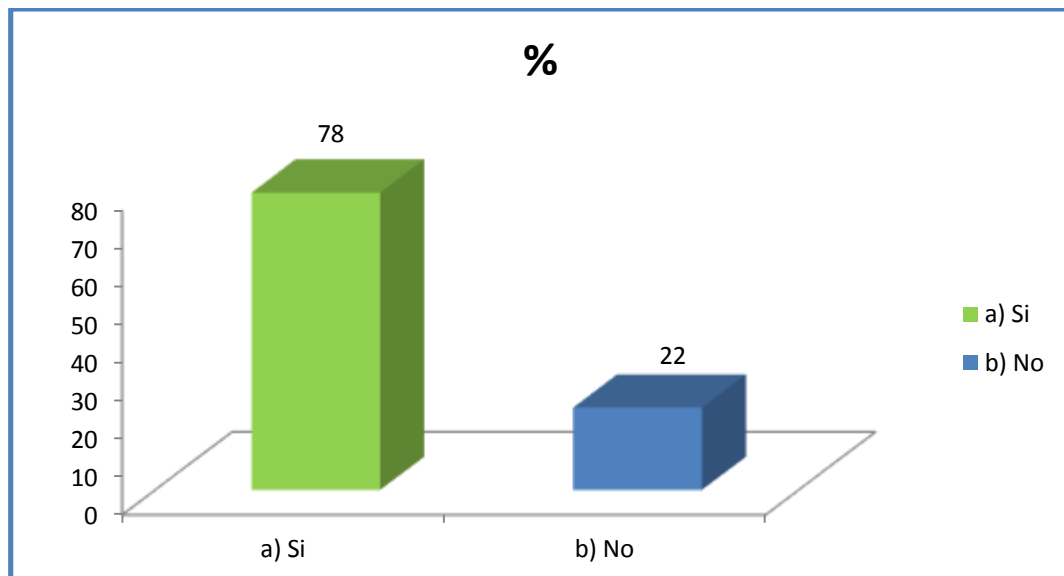
En la tabla y gráfico se observa que el 63% de los encuestados han manifestado que el sancionado desconoce el procedimiento de la Ley de Régimen Disciplinario; y, el 37% de los encuestados manifiesta el contrario.

**TABLA N° 12**  
**El Sancionado reclama la privación de la libertad originada por la sanción administrativa:**

Alternativas	f	%
a) Si	72	78
b) No	20	22
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
 Elaboración: Propia

**GRÁFICO N° 12**



Fuente: Tabla N° 12  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

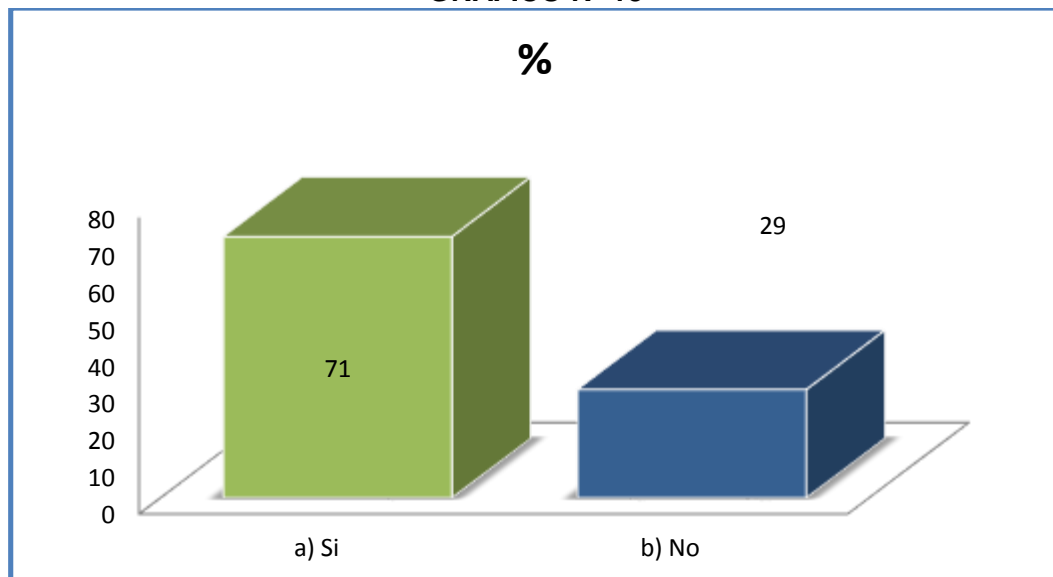
En la tabla y gráfico se observa que el 78% de los encuestados han manifestado que el sancionado reclama la privación de la libertad originada por la sanción administrativa; y, el 22% de los encuestados manifiesta el contrario.

**TABLA N° 13**  
**El sancionado comete un ilícito penal al incumplir una infracción administrativa**

<b>Alternativas</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Si	65	71
b) No	27	29
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación  
 Elaboración: Propia

**GRÁFICO N° 13**



Fuente: Tabla N° 13  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y gráfico se observa que el 71% de los encuestados han manifestado que el sancionado comete un ilícito penal al incumplir una infracción administrativa; y, el 29% de los encuestados manifiesta el contrario.

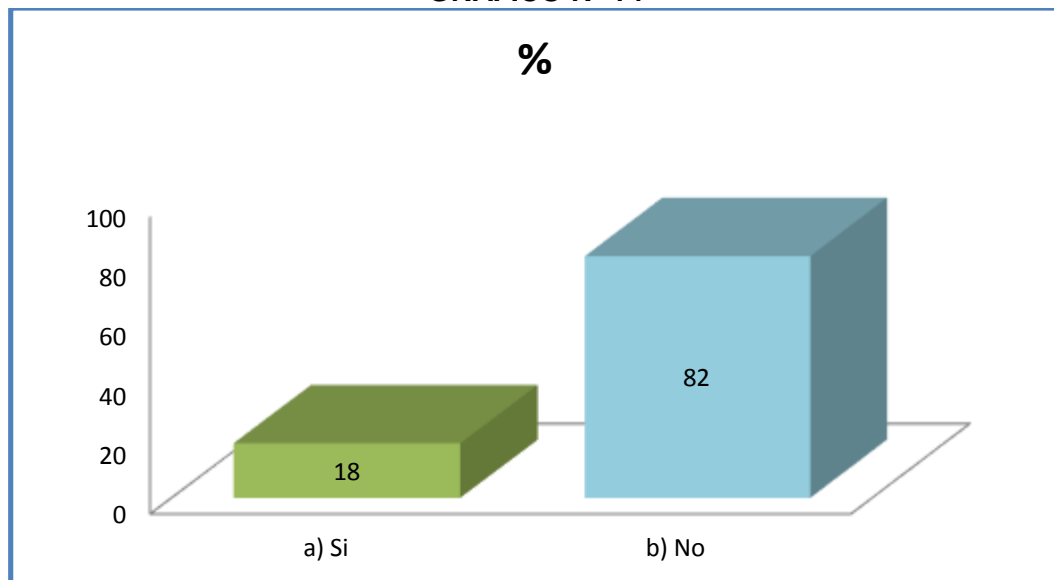
**TABLA N° 14**  
**El Sancionado reclama los derechos fundamentales de la persona consagrada en la Constitución Política del Perú**

Alternativas	f	%
a) Si	17	18
b) No	75	82
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Ficha de Observación

Elaboración: Propia

**GRÁFICO N° 14**



Fuente: Tabla N° 14

Elaboración: Propia

**Interpretación:**

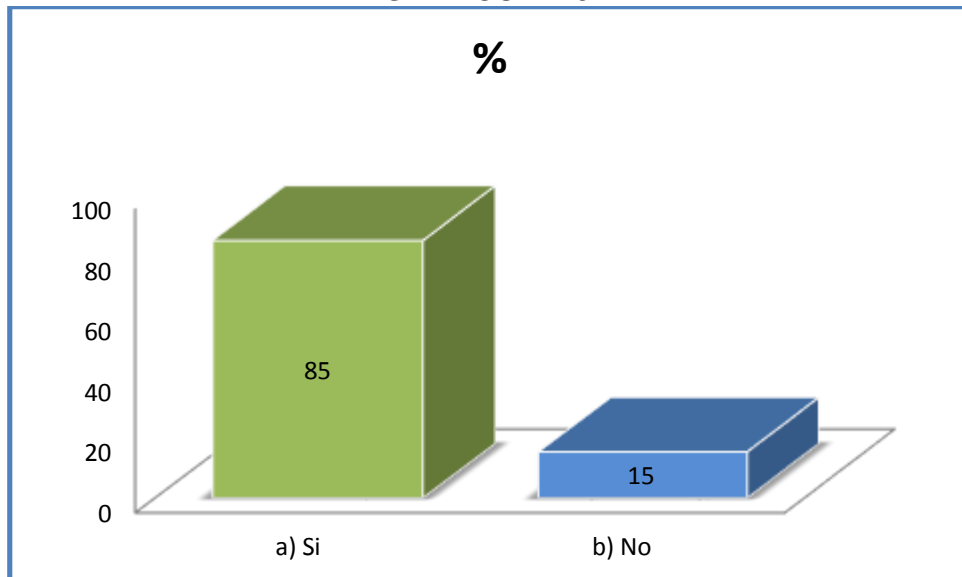
En la tabla y gráfico se observa que el 82% de los encuestados han manifestado que el sancionado reclama los derechos fundamentales de la persona consagrada en la Constitución Política del Perú; y, el 18% de los encuestados manifiesta el contrario.

**TABLA N°15**  
**El Sancionado al interponer Recursos Impugnatorios a la infracción administrativa, suspende la restricción a la libertad:**

<b>Alternativas</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Si	14	15
b) No	78	85
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°15**



Fuente: Tabla 15  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y gráfico se observa que el 85% de los encuestados han manifestado que el sancionado al interponer Recursos Impugnatorios a la infracción administrativa, “no” suspende la restricción a la libertad; y, el 15% de los encuestados manifiesta el contrario.

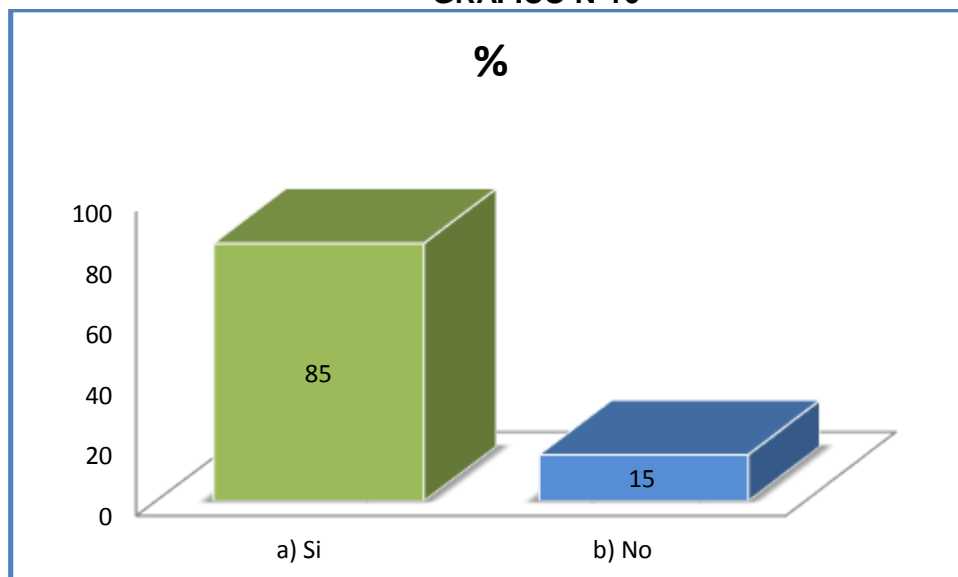
#### 4.3 RESULTADOS DEL CUESTIONARIO APLICADO AL PERSONAL MILITAR SANCIONADO DE LA 3ERA BRIGADA DE CABALLERIA DE TACNA

**TABLA N°16**  
**Se vulnera el derecho a la libertad, al cumplimiento de la infracción administrativa**

Alternativas	f	%
a) Si	78	85
b) No	14	15
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°16**



Fuente: Tabla 16  
Elaboración: Propia

#### **Interpretación:**

En la tabla y gráfico se observa que el 85% de los encuestados han manifestado que se vulnera el derecho a la libertad, al cumplimiento de la infracción administrativa; y, el 15% de los encuestados manifiesta el contrario.

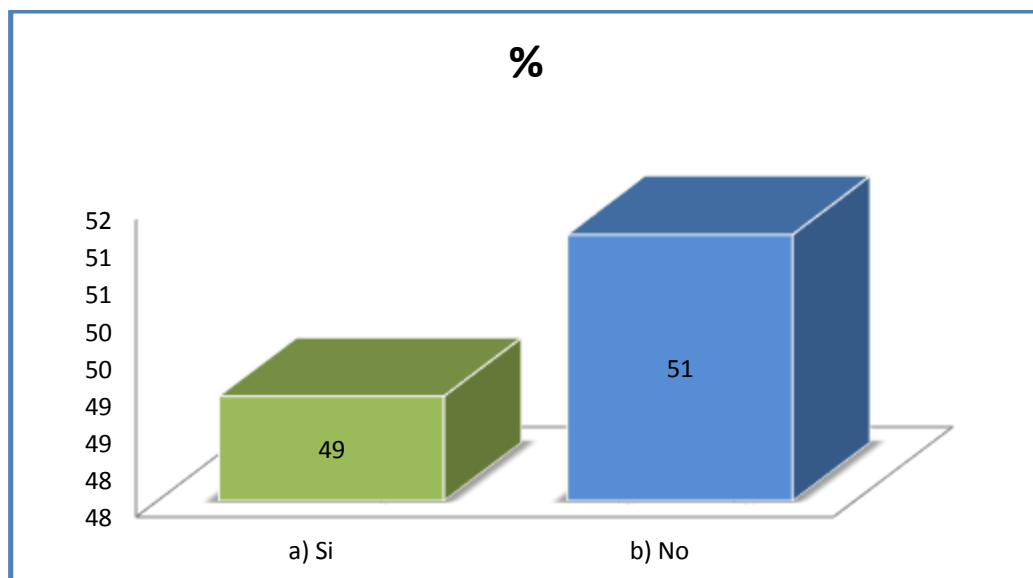


**TABLA N°17**  
**Conoce Ud. que sus derechos están reconocidos y protegidos por la**  
**Constitución Política del Estado**

<b>Alternativas</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Si	45	49
b) No	47	51
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°17**



Fuente: Tabla 17  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

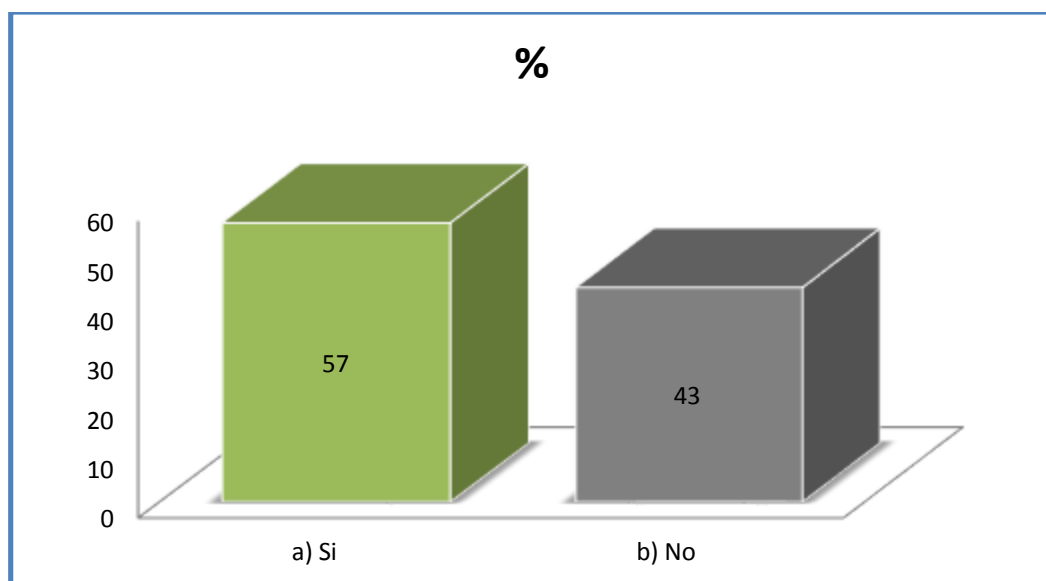
En la tabla y gráfico se observa que el 51% de los encuestados han manifestado que no conoce que sus derechos están reconocidos y protegidos por la Constitución Política del Estado; y, el 49% de los encuestados manifiesta el contrario.

**TABLA N°18**  
**¿Conoce Ud. que es un derecho fundamental?**

Alternativas	f	%
a) Si	52	57
b) No	40	43
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°18**



Fuente: Tabla 4  
Elaboración: Propia

**Interpretación:**

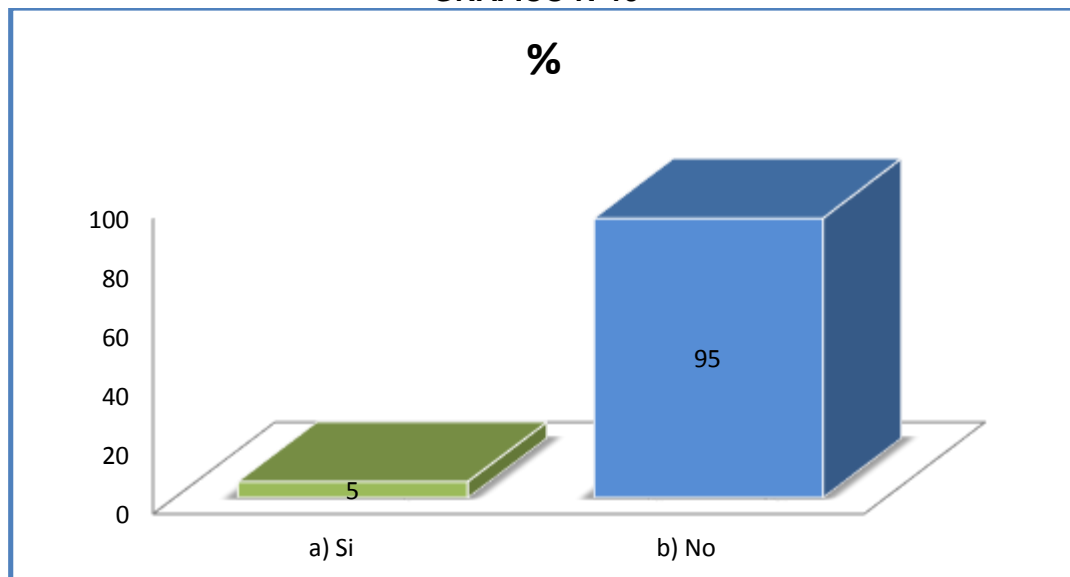
En la tabla y gráfico se observa que el 57% de los encuestados han manifestado que no conoce que es un derecho fundamental; y, el 43% de los encuestados manifiesta el contrario.

**TABLA N°19**  
**Está de acuerdo que el único medio de mantener la disciplina en las FFAA es la imposición de sanciones administrativas disciplinarias**

<b>Alternativas</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Si	5	5
b) No	87	95
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°19**



Fuente: Tabla 19  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

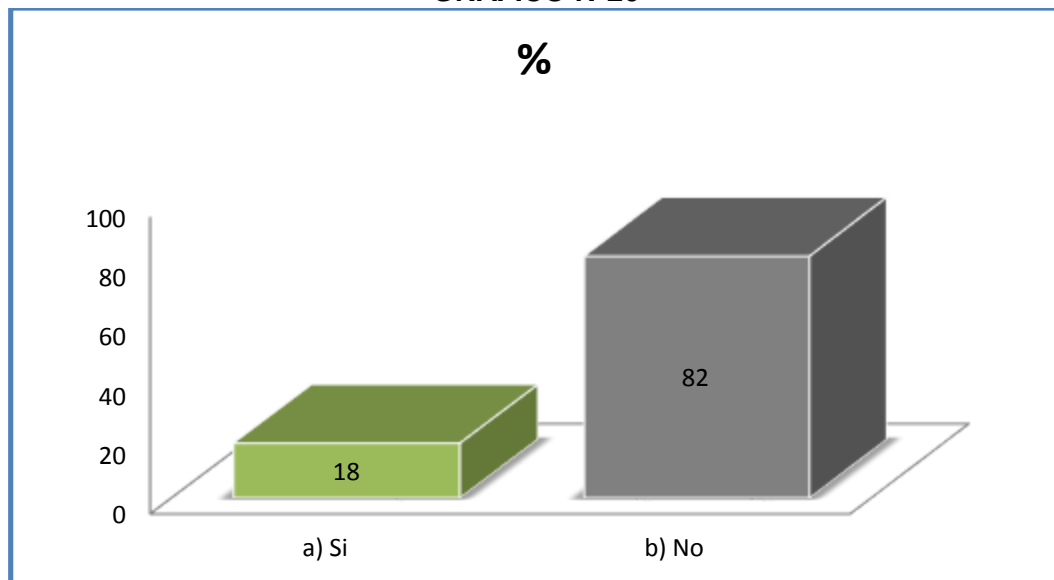
En la tabla y gráfico se observa que el 95% de los encuestados han manifestado que no está de acuerdo que el único medio de mantener la disciplina en las FFAA es la imposición de sanciones administrativas disciplinarias; y, sólo el 5% de los encuestados manifiesta el contrario.

**TABLA N°20**  
**Está de acuerdo con la aplicación del tipo de sanciones administrativas disciplinarias**

<b>Alternativas</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Si	17	18
b) No	75	82
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia

**GRÁFICO N°20**



Fuente: Tabla 20  
 Elaboración: Propia

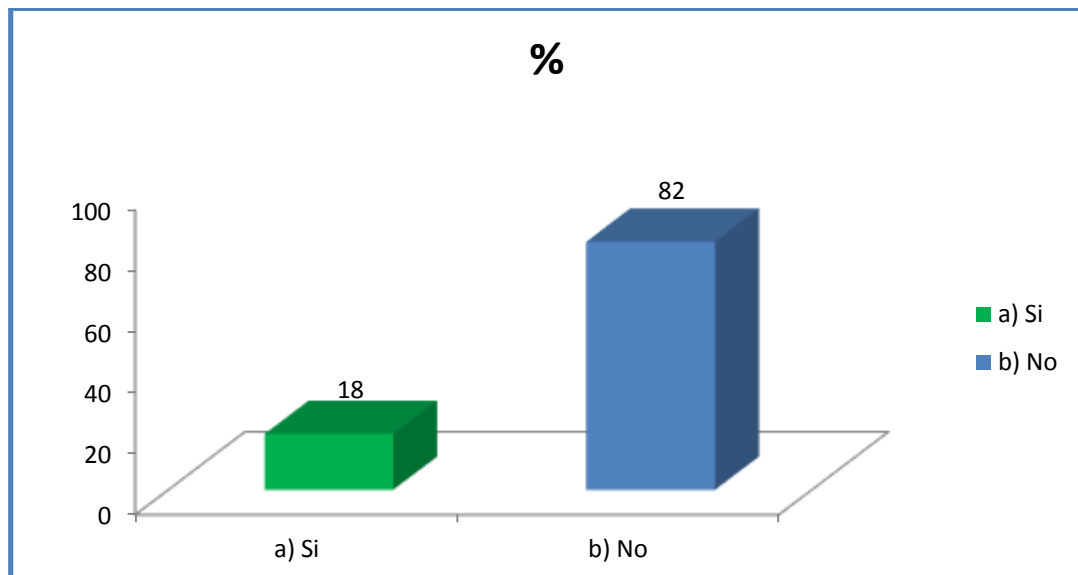
**Interpretación:**

En la tabla y gráfico se observa que el 82% de los encuestados han manifestado que no está de acuerdo con el tipo de sanciones administrativas disciplinarias aplicadas; y, sólo el 18% de los encuestados manifiesta el contrario.

**TABLA N°21**  
**Sabe Ud. que el único que puede ordenar una detención es el Juez,**  
**salvo en caso de flagrante delito**

Alternativas	f	%
a) Si	17	18
b) No	75	82
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

Fuente: Cuestionario Aplicado  
 Elaboración: Propia



Fuente: Tabla 21  
 Elaboración: Propia

**Interpretación:**

En la tabla y gráfico se observa que el 82% de los encuestados han manifestado que no conoce que el único que puede ordenar una detención es el Juez, salvo en caso de flagrante delito; y, sólo el 18% de los encuestados manifiesta el contrario.

## **CAPITULO V**

### **VERIFICACIÓN Y/O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

#### **5.1 VERIFICACIÓN Y/O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.**

Se procede a la verificación y/o contrastación de las hipótesis específicas y la hipótesis general:

#### **5.2 VERIFICACIÓN DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA.**

**“En la 3era Brigada de Caballería de Tacna, el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, vulnera el derecho a la libertad”.**

Con las encuestas realizadas a los Señores oficiales, Técnicos y Sub Oficiales, los resultados de la Ficha de Observación obtenidas en las tablas y representaciones gráficas 6,8 y 9; y, reflejada también en los resultados del cuestionario aplicado, cuyos resultados han sido obtenidos en las tablas y gráficos 10, y 13, nos permite comprobar la primera hipótesis específica, referida a que el régimen disciplinario de las FFAA, vulnera derecho fundamentales.

#### **5.3. VERIFICACION DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA.**

**“En la 3era Brigada de Caballería de Tacna, la Privación de la Libertad se aplica inadecuadamente mediante sanciones administrativas”.**

Con las encuestas realizadas a los Señores oficiales, Técnicos y Sub Oficiales, los resultados de la Ficha de Observación obtenidas en las tablas y representaciones gráficas 4,5 y 7; y, reflejada también en los resultados del cuestionario aplicado, cuyos resultados han sido obtenidos en las tablas y gráficos 11,12 y 14, nos permite comprobar la segunda

hipótesis específica, referida a la Privación de la Libertad mediante sanciones administrativas.

#### **5.4 VERIFICACION DE LA HIPÓTESIS GENERAL.**

**En la 3era Brigada de Caballería de Tacna, la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA, tiene un efecto significativo en la privación de libertad.**

Con los resultados de las fichas observación aplicada a los Expedientes de procesos administrativos sancionador de la sección personal de la 3ª Brigada de Caballería de los años 2013 - 2014, y las encuestas realizadas a los señores oficiales, Técnicos y Sub Oficiales, se demuestra que “En la 3era Brigada de Caballería de Tacna, la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA, tiene un efecto significativo en la privación de libertad.”

El diseño normativo queda demostrado que las sanciones administrativas disciplinarias, son un mecanismo de violación del derecho Fundamental de la libertad personal. El derecho a la Libertad Personal, es un derecho reconocido y protegido por nuestra Constitución, y este no puede ser vulnerado ni restringido salvo tres actos claramente fijados en la propia Constitución, sin embargo las sanciones administrativas disciplinarias, que ni siquiera están contenidas en Resoluciones Administrativas, pueden vulnerar por si solas estás amenazando este derecho fundamental, que ninguna autoridad administrativa pública se atrevería a soslayar. Este derecho a sancionar administrativamente, puede ser realizado por cualquier personal militar que ostente mayor nivel jerárquico que el personal sancionado. No existiendo en las Fuerzas Armadas una autoridad administrativa investida con las atribuciones de regular las faltas administrativas dentro de un especial procedimiento, y determine al final el nivel de la sanción.

En consecuencia, con la verificación de la primera hipótesis específica y de la segunda hipótesis específica, que se refieren a la vulnera los derechos fundamentales, y, a la aplicación de la privación de la libertad mediante sanciones administrativas se afecta los derechos fundamentales, cuando se imponen la sanción disciplinaria de arresto, en consecuencia queda demostrada la hipótesis general de la investigación.



## CONCLUSIONES

1. Se ha acreditado que el Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, vulnera el derecho a la libertad, existiendo una desprotección de los derechos fundamentales del personal militar frente a los derechos de los demás ciudadanos, derivado del olvido de los legisladores en regular sus derechos e intervenir directamente en los Asuntos de las Fuerzas Armadas, llegando a ser calificadas como actos de desprendimiento de la Institución y no un derecho que el personal militar tiene.
2. Está demostrado que la Privación de la Libertad se aplica inadecuadamente mediante sanciones administrativas, las cuales son un mecanismo de violación del derecho Fundamental de la libertad personal. El derecho a la Libertad Personal, es un derecho reconocido y protegido por nuestra Constitución, y este no puede ser vulnerado ni restringido salvo tres actos claramente fijados en la propia Constitución y en el Reglamento del Congreso, sin embargo las Sanciones Administrativas Disciplinarias, que ni siquiera están contenidas en Resoluciones Administrativas, pueden vulnerar por si solas estás amenazando este derecho fundamental, que ninguna autoridad administrativa pública se atrevería a soslayar. Este derecho a sancionar administrativamente, puede ser realizado por cualquier personal militar que ostente mayor nivel jerárquico que el personal sancionado. No existiendo en las Fuerzas Armadas una autoridad administrativa investida con las atribuciones de regular las faltas administrativas dentro de un especial procedimiento, y determine al final el nivel de la sanción.
3. Se ha demostrado que, en la 3era Brigada de Caballería de Tacna, la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA, tiene un efecto significativo en la privación de libertad, puesto las sanciones administrativas disciplinarias impuestas, son un documento expedido por cualquier personal militar en ejercicio de sus funciones, y que se emiten trasgrediendo todas las disposiciones contenidas en la Ley N° 27444, por cuanto no se cumplen los principios consagrados en la citada ley, ni

tampoco tienen regulado un procedimiento especial (procedimiento sancionador), ni del debido proceso derivado esto en su desactualización y compartimentaje, recortándose el legítimo derecho; siendo estas emitidas a criterio subjetivo del personal militar sancionador.

## SUGERENCIAS Y/O RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que surgen como consecuencia de esta investigación son las siguientes

1. Establecer una conciencia ciudadana dirigida a la población en general y en particular a la clase política, por cuanto son ellos los que confeccionan las leyes, y si sobre ellos no se crea esta conciencia de que el personal militar tiene los mismos derechos que cualquier otro Servidor Público, a fin de poder eliminar los últimos rasgos de discriminación que la Constitución protege.
2. Disponer la formación de una Comisión de Alto Nivel, la cual previa preparación e instrucción relacionada a los derechos fundamentales, para actualizar los Reglamentos Militares Internos que regulan la Administración de Personal, y los Derechos y Beneficios que el personal militar tiene, a fin de que estos no transgredan la norma Constitucional.
3. Promulgar la Ley del Régimen Disciplinario del Personal Militar de las Fuerzas Armadas, la misma que regulará el tipo de falta que puede incurrir el personal militar, así como la sanción a imponer, regulando un procedimiento administrativo breve, el cual permita que no se vulneren los derechos básicos de la legítima defensa y el de pluralidad de instancia.
4. Se debe crear un Ente Administrativo dentro de los Institutos Armados que revise las sanciones que se impongan, a fin de eliminar cualquier ánimo subjetivo que pueda afectar la objetividad en resolver la imposición de una Sanción Administrativo Disciplinario.
5. El derecho a la Libertad Personal, debe estar debidamente garantizada a través de la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas acorde con los principios constitucionales; así como las Instituciones Armadas internamente deben regular estos nuevos tipos normativos de Sanciones Administrativas que no vulneren este derecho, y que se consigan a través de estos, sin limitar este derecho u otro derecho de rango constitucional, la misma finalidad de garantizar la disciplina en las Fuerzas Armadas, para cuyo efecto se deben dar normas de rango de ley, para cuyo efecto el Tesista se presenta el proyecto de Ley Marco respectivo en el Anexo 5 de la presente Tesis.

## **PROPUESTA LEGISLATIVA**

### **PROYECTO DE MODIFICATORIA A LA LEY 29131 Y SUS MODIFICATORIAS**

#### **ARTÍCULO 19.- ARRESTO SIMPLE**

Es una sanción impuesta por Infracciones Leves de 1 a 7 días de Arresto Simple e Infracciones Graves de 7 días a 15 días de Arresto Simple, dichas sanciones serán incluidas en su Legajo Personal N° 02 y remitidas a la administración de Personal de la Institución Castrense, para la disminución del puntaje en su cuadro básico.

#### **ARTÍCULO 20.- ARRESTO RIGOR**

Es una sanción Impuesta por Infracciones Graves y Muy Graves tipificadas en la presente Ley, estas sanciones a imponerse son de 1 a 15 días de Arresto de Rigor, entiéndase que el demerito administrativo en arresto de rigor se duplica por cada días de arresto, dichas sanciones serán incluidas en su Legajo Personal N° 02 y remitidas a la administración de Personal de la Institución Castrense, para la disminución del puntaje en su cuadro básico.

#### **ARTÍCULO 74.- EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN**

La interposición de los recursos impugnatorios a las sanciones impuestas suspenderá la ejecución del mismo, esto es en las Infracciones Leves, Graves y Muy Graves, de las cuales las papeletas de arresto deberán obligatoriamente tener la calidad de acto firme, para que dichas papeletas sean remitidas al escalón superior.

#### **DISPOSICIÓN DEROGATORIA**

##### **ÚNICA.- Derogaciones**

Deróguese los siguientes artículos 19, 20 y 74 del Decreto Legislativo 1145 decreto que modifica la Ley 29131 Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, así como todas las disposiciones que se opongan a la presente modificatoria.

## EXPOSICION DE MOTIVOS

***Modificatorias al Decreto Legislativo 1145 que modifica la Ley 29131 Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas respecto a la restricción de la libertad a la imposición de una orden de arresto al personal de las FFAA, conforme a nuevo sustento constitucional.***

Aprueba las siguientes disposiciones:

- Modificatorias del Artículo 18 del Decreto Legislativo 1145 decreto que modifica la Ley 29131 Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, respecto al Arresto Simple.
- Modificaciones al Artículo 19 del Decreto Legislativo 1145 decreto que modifica la Ley 29131 Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, respecto al arresto de Rigor.
- Modificatorias al Artículo 74 del Decreto Legislativo 1145 decreto que modifica la Ley 29131 Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, respecto a la Ejecución de la sanción.

**(i) MODIFICATORIAS DEL ARTÍCULO 18 – 19 y 74 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1145 DECRETO QUE MODIFICA LA LEY 29131 LEY DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS, RESPECTO AL ARRESTO SIMPLE, ARRESTO DE RIGOR Y EJECUCION DE LA SANCION.**

1. Que, a la promulgación de la Decreto Legislativo N° 29131, “Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”, se ha promulgado con los fines de preservar el orden y disciplina dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales buscan en primer lugar crear un efecto disuasivo frente al personal militar, y de cometida la falta o infracción, un factor corrector y disciplinario frente a ellos, la misma que puede ser impuesta al personal militar de los diferentes grados y jerarquía militares, y según dicha jerarquía militar la duración de las sanciones puede variar de un días hasta quince días, estas

son el Arresto de Rigor, Arresto de Simple, figuras reglamentarias que son en síntesis los mecanismos idóneos creados en los Institutos Armados para velar y mantener la disciplina del personal militar que presta servicios en las Instituciones Militares.

2. Estos tipos de sanciones administrativas disciplinarias antes mencionadas mucha de ellas, están dirigidas en síntesis en corregir una acción u omisión incurrida por el personal militar, en el cumplimiento de sus funciones, teniendo como efecto el de privar de la libertad personal (sin existir mandato judicial) a los servidores públicos que prestan servicios en las Instituciones Armadas.
3. Por consiguiente estas sanciones al provenir de un proceso administrativo de por más irregular, son catalogadas como acto administrativos, en tal sentido; estamos frente a que con un acto administrativo (sanción disciplinaria) que se encuentra regulado con una Ley promulgada por el Poder Legislativo, emitido por un Funcionario o Servidor Público, con el cual se priva el derecho de un servidor público su derecho a la libertad personal, que por su condición de ciudadano goza al amparo de la protección de sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado.
4. Esta sanción administrativa disciplinaria, por el nivel del derecho que afecta, debe modificarse en el extremo que no debe considerarse al imponerse una sanción administrativa la privación de la libertad, toda vez que esta ya es sancionable con el demerito que afecta la carrera del militar en situación de efectividad, y al cumplirse el mandato de la privación de la libertad constituiría una doble sanción por el mismo hecho, más aún que si la sanción es impugnado (reconsideración y/o apelación), no suspende la privación de la libertad en la infracciones leves cometidas por el personal militar, sino que este es de ejecución inmediata, ahora, que pasaría si el recurso impugnatorio concluye por resultado favorable para el impugnante, y la privación de libertad ya fue ejecutada, simplemente, recae en un abuso de derecho, en pretender la aplicación inmediata de la privación de la libertad.

5. Que, esta versión es corroborada con la violación del derecho reconocido en el ordinal "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, prescribe que "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y do del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito". Con precepto constitucional, entre otras cosas, se garantiza que la detención de una persona, con excepción del supuesto de comisión de flagrante delito, se imponga con respeto del principio de jurisdiccionalidad, esto es, que sea dispuesto lamente por un juez competente.
6. Corroborado este por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 9° inciso 1°) establece: "Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta"; Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 7° inciso 2°) señala: "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas"; y por ultimo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que: " (...) nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)".
7. En consecuencia, la privación de la libertad personal sólo puede efectuarse en los casos, con las formas y por el tiempo previsto en la Constitución o la ley. En caso contrario, estaremos ante una medida de carácter ilegal que se encuentra prohibida tanto a nivel nacional como internacional.
8. Al precisar los alcances sobre lo que debe entenderse como una privación arbitraria de la libertad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que "aun calificados de legales" puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad" (subrayado nuestro).

9. Finalmente, es necesario realizar modificaciones al Decreto Legislativo 1145 norma que modifica la ley de Régimen Disciplinario de las FFAA, derogando toda norma que implica la restricción de la libertad a la imposición de infracciones administrativas cometidas por el personal militar de las Fuerzas Armadas.



## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Ramos Nuñez Carlos. (2005). Como Hacer una Tesis de derecho y no envejecer en el Intento. Gaceta Jurídica. Tercera Edición.
2. Solis Espinoza Alejandro. (2001). Metodología de la Investigación Jurídico Social. Editores B y B. Lima.
3. Medina Espinoza Isaías & QUIROZ MARCELO David. Introducción a la Investigación Científica. Fondo Editorial Facultad de Ciencias de la Salud. Lima.
4. Martinez Roldan Luis & Fernandez Suarez Jesús Aquilino. (1994). Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Editorial Ariel S.A. Barcelona.
5. Carpio Marcos Edgar. (2004). La Interpretación de los derechos fundamentales. Palestra Editores.
6. Rubio Correa Marcial. (2005). Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Pontificia Universidad Católica Fondo Editorial.
7. Montenegro Castro Marino. (1982). Derecho Administrativo. Editores Antara. Lima.
8. Marienhoff Miguel. (1964). Tratado de Derecho Administrativo. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
9. Bendezú Neyra Guillermo. (2002). Derecho Procesal Administrativo "Exegesis y Casuística". Fecal. Lima.
- 10) Bramont Arias Torres Luis & Ganoza Cantizano María del Carmen. (1998). Editora SM. Lima.
10. Eugenio Raul Zaffaroni. (1986). Manual de Derecho Penal. Editorial Jurídica. Lima.
11. Samuel B. Abad Yupanqui. (2004). Derecho Procesal Constitucional. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima.
12. Eduarne Terradillos Ormaetxea. (2004). Poder Disciplinario, Empresarial, Principios y Garantías. Primera Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. España.-

13. Roberto Hernandez Sampieri, Carlos Fernandez-Collado & Pilar Baptista Lucio. (2006) Metodología de la Investigación. Cuarta Edición. Editorial McGraw-Hill Interamericana. México.
14. Alberto Borea Odria. (1996). Evolución de las Garantías Constitucionales. Editorial Grijley EIRL. Lima.
15. Luis Castillo Cordova. (2004). Habeas Corpus, Amparo y Habeas Data. Ara Editores. Peruano. pag 311 y siguientes.
16. Alberto Borea Odria. (1985). El Amparo y El Habeas Corpus en el Perú de hoy. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima.
17. Fioravanti, Mauricio. (2001). V Constitución de la Antigüedad a nuestros días, Trotta de Manuel Martinez Neyra, Madrid.
18. Moscoso Torres, Víctor. (2003) Derecho Administrativo -y Administración Pública, Editores Asociados. Lima.
19. Guillermo Bendezú Neyra. (2002). Derecho Procesal Administrativo "Exegesis y Casuística". Editorial FECAT. Lima. –
20. Luis A. Bramont Arias Torres & María del Carmen Ganoza Cantizano. (1998) Editorial SM. Lima.
21. Eugenio Raúl Zaffaroni. (1986). Manual de Derecho Penal. Editorial Jurídica. Lima. 23) Comisión Andina de Juristas. (1988) Derechos Humanos en Ecuador. Lima. 24) Defensoría del Pueblo. (2004). La Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Editorial Exma Sabio. 1era Edición. 25) Roberto Caceres Julca Las Medidas de Coerción Procesal. Editorial IDEMSA . Lima.

#### **REVISTAS:**

1. Revista de Derecho Procesal. Buenos Aires: Ediar. 1947.

## ANEXOS

### ASPECTO INSTRUMENTAL

Se adjunta:

- 1.1.- Cuestionario de la Encuesta.
- 1.2.- Ficha Bibliográfica.
- 1.3.- Ficha de Expedientes Administrativos.

En este anexo presentamos la herramienta utilizada para el trabajo de campo y que fueron previamente diseñadas para cumplir los objetivos del presente estudio

#### I. INFORMACION GENERAL

##### 1. Información del detenido:

- a) Edad
- b) Grado

##### 2. Tipo de Infracción Administrativa:

- a) Leves
- b) Grave
- c) Muy grave

##### 3. Tipo de Sanción:

- a) Arresto de Rigor: \_\_\_\_\_
- b) Arresto Simple: \_\_\_\_\_

## II. EL SUPERIOR SANCIONADOR

4. El Superior sancionador tipifica la infracción administrativa:  
SI\_\_\_\_\_ NO\_\_\_\_\_
5. El Superior sancionador sanciona objetivamente la infracción administrativa:  
SI\_\_\_\_\_ NO\_\_\_\_\_
6. El Superior Sancionador aplica correctamente la Ley Régimen Disciplinario:  
SI\_\_\_\_\_ NO\_\_\_\_\_
7. El Superior Sancionador sustenta los motivos de la infracción administrativa:  
SI\_\_\_\_\_ NO\_\_\_\_\_
8. El Superior Sancionador respeta el debido proceso a la Ley Régimen Disciplinario: SI\_\_\_\_\_ NO\_\_\_\_\_
9. El Superior Sancionador al imponer la papeleta de Arresto, respeta los derechos fundamentales de la persona (Derecho a la libertad):  
SI\_\_\_\_\_ NO\_\_\_\_\_

## III. EL SANCIONADO

10. El Sancionado desconoce el procedimiento de la Ley de Régimen Disciplinario:  
SI\_\_\_\_\_ NO\_\_\_\_\_
11. El Sancionado reclama la privación de la libertad originada por la sanción administrativa: SI\_\_\_\_\_ NO\_\_\_\_\_
12. El sancionado comete un ilícito penal al incumplir una infracción administrativa: SI\_\_\_\_\_ NO\_\_\_\_\_
13. El Sancionado reclama los derechos fundamentales de la persona consagrada en la Constitución Política del Perú: SI\_\_\_\_\_ NO\_\_\_\_\_
14. El Sancionado al interponer Recursos Impugnatorios a la infracción administrativa, suspende la restricción a la libertad?:  
SI\_\_\_\_\_ NO\_\_\_\_\_

**ANEXO 2: CUESTIONARIO AL PERSONAL DE OFICIALES DE LA 3ª  
BRIGADA DE CABALLERIA**

15. Se vulnera el derecho a la libertad, al cumplimiento de la infracción administrativa?

a) SI	
b) NO	

16. ¿Conoce Ud. que sus derechos están reconocidos y protegidos por la Constitución Política del Estado?.

a) SI	
b) NO	

17. ¿Conoce Ud. que es un derecho fundamental?

a) SI	
b) NO	

18. ¿Está de acuerdo que el único medio de mantener la disciplina en las FFAA es la imposición de sanciones administrativas disciplinarias?

a) SI	
b) NO	

19. ¿Está de acuerdo con la aplicación del tipo de sanciones administrativas disciplinarias?

a) SI	
b) NO	

20. ¿Sabe Ud. que el único que puede ordenar una detención es el Juez, salvo en caso de flagrante delito?

a) SI	
b) NO	