

## DEFENSA JURÍDICA DEL SOLDADO QUE APOYA EL RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN INTERNO



Por: Herbert Jesús VIVIANO CARPIO  
Coronel EP  
[hervicar80@gmail.com](mailto:hervicar80@gmail.com)

*RESUMEN: De acuerdo a su finalidad constitucional, las FFAA apoyan la labor de la PNP en el restablecimiento del orden interno; en la situación actual de tensión que vive en el país para enfrentar la pandemia del COVID-19 es una de las acciones a la que el Estado ha recurrido, la misma que se amplía y prolonga en el tiempo sin un horizonte claro a la fecha y que podría abrir paso a otras formas de empleo de las FFAA que son materia de discusión. El presente artículo hace un análisis jurídico sumario de las normatividad supranacional y nacional en relación con el empleo de las FFAA y llamar la atención de las consecuencias legales y sociales que puedan tener a futuro. Con la experiencia aún en curso de las investigaciones y procesos juicios en contra de personal militar acaecido en el escenario del conflicto armado que vivió el país contra grupos armados delincuenciales y criminales de SL y MRTA, especialmente entre 1980 y el 2000, resulta de suma importancia analizar las implicancias legales a futuro del actual y continuo apoyo de las FFAA a la Policía Nacional.*

Pudiera ser irónico el título del presente artículo, sin embargo, haciendo un análisis jurídico de algunos hechos relacionados con el desarrollo de la pandemia del COVID-19, veremos que se ajusta a la realidad; requiriendo de atención, análisis y acciones inmediatas por parte del Estado que permitan resguardar la actuación de nuestros soldados, que por decisión propia y vocación de servicio acuden de inmediato a cumplir las misiones que le asigna la Nación de acuerdo al bloque constitucional, hasta el punto de ofrendar su propia vida.

A raíz de la pandemia del COVID 19, el gobierno peruano a través del Decreto Supremo (DS) N° 044-2020-PCM del 15 de marzo del 2020<sup>1</sup> estableció el Estado de Emergencia Nacional; en el

Nota :La Revista XAUXA no se solidariza con el término “Conflicto Interno” que emplea el autor para relacionarlo con la “Guerra contra las Organizaciones Terroristas” que enfrentó el Estado Peruano ante Sendero Luminoso y del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA, debido a una aproximación real, concreta y actual de un fenómeno aún no concluido in embargo, la posición y narrativa primordialmente jurídica y positivista del DIH y de los postulados de los DDHH que expone el Coronel Herbert Viviano, oficial de ejército, combatiente en las zonas de emergencia, y abogado de profesión, presenta una aproximación estrictamente jurídica, positivista actual y vigente, con alta sensibilidad, profesionalismo y claridad que merece ser reconocida, difundida y motivo de amplio debate para su consideración tanto en las escuelas y en las unidades militares que realizan palnes en todos los niveles como por los interesados en la justicia militar.

<sup>1</sup> (DS) N° 044-2020-PCM del 15 de marzo del 2020 y Reglamento del Decreto Legislativo 1095 – DS N° 003-2020-DE tomado el 22 de agosto 2020 de la web:

[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/566448/DS044-PCM\\_1864948-2.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/566448/DS044-PCM_1864948-2.pdf)

referido documento dispone la intervención de las Fuerzas Armadas en apoyo a la PNP a fin de garantizar la implementación de las medidas dictadas en dicha norma legal, debiendo actuar conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1095 (Decreto Legislativo que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional)<sup>2</sup>, como a su Reglamento aprobado la misma noche del martes 15 de marzo del 2020 (Reglamento del Decreto Legislativo 1095 – DS N° 003-2020-DE)<sup>3</sup>.

Además, para actuar en este escenario las FFAA deben hacerlo con respeto a la Constitución Política del Perú y los estándares internacionales para el uso de la fuerza: “Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer cumplir la ley”<sup>4</sup> (aquí se establece que su denominación será Funcionario encargado de hacer cumplir la ley) y los “Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”<sup>5</sup>, documentos que si bien es cierto en un inicio fueron considerados como documentos “*soft law*” internacionalmente, el Tribunal Constitucional Peruano vía Sentencia del Tribunal Constitucional del 09 de setiembre del 2009 (expediente Nro. 00002-2008-PI/TC)<sup>6</sup>, resolvió que la actuación de las FFAA del Perú deben circunscribirse obligatoriamente a las mismas.

El Congreso de la República del Perú, aprobó el 28 de marzo de 2020, la Ley N° 31012, la llamada “LEY DE PROTECCIÓN POLICIAL”, la misma que había sido aprobada por la Comisión Permanente del anterior Congreso y que establece:

*“Artículo 20. Está exento de responsabilidad penal:*

*[...]*

*11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria cause lesiones o muerte.”*

Superficialmente este artículo “favorece” la labor de las Fuerzas del Orden, sin embargo no se trata de una causal nueva, pues ya se encuentra establecida tanto en el artículo 20.8 (dice lo mismo), como en el 20.11 del mismo Código Penal; es decir si realizamos un análisis jurídico, estos “supuestos beneficios”, además de ser repetitivos, suenan a “populismo puro” puesto que la realidad no serían aplicables, pues contravienen las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y todo el bloque de constitucionalidad del Perú, los mismos que tienen mayor jerarquía que las leyes.

Como podemos apreciar, para su actuación en el orden interno en apoyo a la PNP, las FFAA están obligadas a ser respetuosas de las normas supranacionales y nacionales vigentes; sin embargo

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Idem

<sup>4</sup> Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tomado el 22 de agosto 2020 de la web: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/lawenforcementofficials.aspx>

<sup>5</sup> Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley; Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tomado el 22 de agosto 2020 de la web: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional Peruano vía Sentencia del Tribunal Constitucional del 09 de setiembre del 2009 (expediente Nro. 00002-2008-PI/TC); tomado el 22 de agosto 2020 de la web: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00002-2008-AI.pdf>

dando cumplimiento a dicha normativa existente, ya en el escenario la realidad es otra, pues se puede apreciar en el accionar del día a día, que se vienen produciendo actos de falta de respeto a la autoridad, desobediencia, desafíos, acciones de violencia contra nuestros efectivos que por el contacto cercano pueden provocar el contagio del coronavirus y su posterior muerte etc.; hechos que no fueron abordados en el análisis jurídico llevado a cabo en el Segundo Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema del 03 de agosto del 2016, donde se estableció en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-1167 (vigente en la actualidad), dictando los lineamientos interpretativos respecto a los delitos de atentado, violencia y resistencia a la autoridad; fijando penas mínimas en torno a la circunstancia agravante aplicable cuando un sujeto activo comete delito de violencia o resistencia contra un miembro de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, en el ejercicio de sus funciones, dejando de lado lo que establecía el Código Penal en su segundo párrafo:

*“Art. 367: Formas agravadas de violencia o resistencia a la autoridad*

*[...]*

*La pena privativa de libertad será no menor de ocho años ni mayor de doce años cuando:*

*[...]*

*3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato judicial en el ejercicio de sus funciones”.*

En dicho Plenario se acordó establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en sus fundamentos jurídico 16 al 23, entre los que tenemos:

*[...]*

*20. [...] La penalidad, por tanto, del delito de violencia y resistencia contra una autoridad policial no puede sobrepasar la pena mínima fijada para las lesiones leves en el artículo 122, inciso 3 literal a. Es decir, en ningún caso puede ser mayor de tres años de pena privativa de libertad, si es que la violencia ejercida contra la autoridad policial no ocasiono siquiera lesiones leves. [...]*

En otras palabras, según los firmantes Jueces Supremos en lo Penal, dispusieron en base a su interpretación uniforme, que a su vez generó doctrina jurisprudencial, apartar de la norma establecida en el Código Penal solo a policías y militares, argumentando entre otros, que no cualquier acto de violencia o de resistencia contra el efectivo policial o militar puede configurar el supuesto típico, sino que solo aquellas agresiones especialmente dirigidas a obstaculizar el acto policial, las mismas que podrán ser susceptibles de calificarse como acciones típicas configuradoras del delito.

Entonces, aquellas conductas como insultar, ofender o humillar, no pueden ser entendidas como conductas típicas porque no implican una verdadera lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma y que a lo mucho calificaría como faltas; señalando en su párrafo 21:

*“[...] Así, actos como el empujar a un miembro de la Policía Nacional del Perú, cuando ejerce sus funciones, o el afectar su honra a través de insultos o lanzándole escupitajos, no pueden ser consideradas*

<sup>7</sup> Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116; tomado el 22 agosto 2020 de la web:

<http://www.penal.pe/2020/07/06/corte-suprema-acuerdo-plenario-extraordinario-n-1-2016-cij-116-la-agravante-del-delito-de-violencia-y-resistencia-contra-la-autoridad-policial/>

*como formas agravadas. Sobre todo porque dichas conductas no son suficientemente idóneas para afectar el bien jurídico con una intensidad o fuerza adecuada para impedir que la autoridad cumpla sus funciones; la pena entonces que cabría aplicar en tales supuestos no puede ni debe ser la conminada en el artículo 367.”*

Este es el marco jurídico que afrontan nuestras Fuerzas Armadas, para su tarea de apoyo a la PNP en el mantenimiento del orden interno, siendo preocupante en la situación de tensión actual por el COVID-19, donde la población a sabiendas que no existe una severa sanción a aquellos que no respetan a las fuerzas del orden le profieren gritos en la cara (con gotículas – gotas minúsculas - que en la actualidad constituyen un riesgo mortal), escupitajos etc. que si bien es cierto a la vista no causa lesiones (como analiza el Plenario), sin embargo atentan contra la salud y hasta la vida del miembro de la Fuerza Armada por la propagación y transmisión del mortal virus del COVID-19; de allí que resulta urgente la modificación o anulación del referido Acuerdo Plenario y retorne esa sanción estipulada en el artículo 367.3 del Código Penal.

Otros escenarios para la actuación de las FFAA en apoyo a la Policía Nacional en el orden interno, se encuentran descritos en el Título II y III del Decreto Legislativo 1095, existiendo aquí otro grave problema, pues las autoridades del Estado no comprenden que para su aplicación, los miembros de las FFAA deben ser capacitados en su labor como funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y proporcionarles como dotación armas no letales (escudos, varas, balas de goma etc.), a fin de que puedan cumplir su misión respetando los niveles de uso diferenciado de la fuerza, ya que contar con dichos medios asegura en parte lo que establece el principio de legalidad, que es contar con equipamiento y armamento adecuado en su actuación; ya que la sola tenencia como medio de defensa de su arma de dotación (arma de guerra) resulta un peligro, pues su empleo inadecuado o accidental en casos de peligro o violencia que ocasione pérdida de la vida o daño a la integridad de una persona, le acarrearía responsabilidad individual al miembro de las FFAA y sus comandantes, siendo sometidos a investigaciones y procesos penales en el fuero común.



FFAA, tomaran acción contra quienes desacaten el aislamiento social obligatorio. Fuente MINDEF; Tomado de: <https://rpp.pe/politica/gobierno/coronavirus-covid-19-mindef-fuerzas-armadas-estan-facultadas-para-hacer-uso-legitimo-de-la-fuerza-durante-estado-de-emergencia-noticia-1254913>

Resulta importante remarcar, que la actuación de un Funcionario encargado de hacer cumplir la ley resulta arbitrario y sujeto de responsabilidad en la instancia que corresponda, si incumple uno de los principios rectores del uso de la fuerza (Legalidad, necesidad y proporcionalidad), los mismos que se hallan descritos en los estándares internacionales del uso de la fuerza, de obligatorio cumplimiento por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y tanto en el Decreto Legislativo 1095 como en su reglamento.

Fui participe con mi generación de una época difícil por la defensa de la soberanía y Pacificación del país contra SL y el MRTA entre los años 1980 y 2000, y atrás quedaron camaradas de armas que fallecieron en el cumplimiento del deber, mientras que otros aún viene siendo cuestionada su actuación, investigada y hasta sometida a procesos, en la mayoría de casos por situaciones similares a las que me refiero líneas arriba; de allí que la lección y experiencia nos debe conducir necesariamente a analizar y tener en cuenta la jurisprudencia y normatividad supranacional e interna vigente, a respetar y cumplir con la constitución y la ley de acuerdo al escenario en que nos dispongan actuar. No podemos, ni debemos volver a caer en los mismos errores del pasado, ahora que actuamos en nuevos escenarios, puesto que una vez sofocados los actos de violencia interna, podremos volver a ser objeto de investigaciones y procesos judiciales que dañan nuestro desarrollo profesional con repercusiones de toda índole en nuestra vida, por cumplir normas inconstitucionales e ilegales dictadas por autoridades de turno que no tienen en cuenta todos estos pormenores, como por la falta de dotación de equipamiento y armas adecuadas de acuerdo a estándares internacionales del uso de la fuerza y sobre todo por normas que no protejan nuestra vida e integridad en la actuación (revisar acuerdo plenario).



Seminario de la Iniciativa de los DDHH organizado por el US SOUTHCOM Comando Sur de los EEUU en Paraguay en Junio 2019 Coronel EP Herbert Viviano Carpio, participando como instructor invitado en Derecho Internacional Humanitario en el Ministerio de Defensa de las FFAA de Paraguay. Junio del 2019.

Por esta coyuntura existente y en salvaguarda de mis camaradas de armas, respeto, pero no comparto las ideas, proposiciones, pedidos y opiniones de algunas autoridades que pretendiendo responder políticamente a las demandas y exigencias de la población con el empleo de las Fuerzas Armadas para brindar una mayor seguridad, dispongan su actuación para casos de delincuencia, pandillaje, reorganización de ambulantes, cuidado de bancos y mercados etc. Basta echar un vistazo, al último suceso, que ocurrió cuando finalizaba el presente artículo, en el cual fallecieron 13 jóvenes en una fiesta en Los Olivos-Lima, nuestra PNP no hizo uso de la fuerza, sin embargo ya aparecieron los “opinólogos” y sobre todo los familiares de las víctimas a responsabilizarlos de las muertes de cualquier forma; cuando no se respeta el estado de emergencia; la suspensión de reuniones; el distanciamiento social al encontrarse en un local cerrado, existencia de jóvenes que dieron positivo a la prueba de COVID-19 etc.

Es absolutamente necesario proteger y brindar seguridad a nuestros soldados, no olvidemos que ellos también son seres humanos, forjados con un profundo amor por su patria y por su población, con familia, aspiraciones en su vida, derecho a la vida y salud (derechos humanos) etc.; y como tal constituyen “un fin en sí mismo”, no debiendo ser utilizado como “medio” para satisfacer intereses de autoridades que responden ante los desafíos del momento solo en forma intuitiva, sin conocimiento e irresponsablemente.

