



**UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**MAESTRIA**



**TESIS**

---

**DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS COMO  
CONSECUENCIA DE LA FALTA DE REGULACIÓN DEL DESISTIMIENTO  
VOLUNTARIO EN LA LEY DE SERVICIO MILITAR (LEY 29248)**

---

**PARA OPTAR AL GRADO  
ACADÉMICO DE MAESTRO EN  
DERECHO CONSTITUCIONAL**

**PRESENTADO POR:  
BACH. ALEX FERNÁNDEZ LARA**

**ASESOR:  
Dr. Jhonny TUPAYACHI SOTOMAYOR**

**CUSCO – PERÚ**

**2022**



### **DEDICATORIA**

*Dedico la presente investigación a mis padres Isabel y Maxi porque son ejemplo de persistencia y superación ante las adversidades y son ejemplo de vida, a Laura mi esposa, a mis hermanos que son el ejemplo de lucha permanente y me han expresado su amor en todo momento, a Daniela que es mi inspiración y a mis maestros de la universidad quienes contribuyeron a mi formación como maestro en derecho constitucional.*



### **AGRADECIMIENTOS**

*Agradezco a Dios y a la vida por darme la oportunidad de mi existencia, a mi asesor Dr. Jhonny TUPAYACHI SOTOMAYOR, quien desde el momento en que me propuse este reto académico y durante el desarrollo del mismo me ha brindado con paciencia su apoyo incondicional.*



## RESUMEN

Esta investigación se enfoca en estudiar los derechos fundamentales que han sido vulnerados debido a que no existe un texto que derogue la Ley de Servicio Militar Voluntario (Ley 29248), para lo cual se formuló la pregunta: ¿Cuáles son los Derechos Fundamentales vulnerados por la falta de regulación del desistimiento en la Ley de Servicio Militar Voluntario, Ley 29248? Donde se demostró a través del objetivo determinar los Derechos fundamentales vulnerados por la falta de regulación del desistimiento en la Ley de Servicio Militar Voluntario, Ley 29248, contando como unidad de análisis a: Los procesos de deserción del Tribunal Superior Militar Policial Sur Oriente Cusco en el periodo del 2018 al 2021. Llegando a la conclusión de que, el contenido de la Ley 29248 no considera la posibilidad de renunciar en uso de autonomía y autodeterminación a los reclutas que ya no quieren permanecer en el servicio militar por múltiples factores como la ausencia del cumplimiento de compromisos por parte del Ejército del Perú, o porque en el desarrollo del mismo se ha presentado mejores posibilidades o eventos que pueden ser fundamentales para el desarrollo y el bienestar de la persona, en ese sentido la Ley del Servicio Militar Voluntario no permite actuar a la persona con libertad, este hecho de no permitir la salida del ejército con causas justificadas, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad de las personas; así como también, una de las consecuencias de la ausencia de regulación del desistimiento es que, los reclutas cometan el delito de deserción sin ninguna otra posibilidad con las secuelas que trae ello; entre ellas, de ser investigado por la presunta comisión del delito señalado y siendo sentenciados a una pena privativa de la libertad, junto a un pago de una reparación civil; aspectos por los que consideramos que existe una grave vulneración a los derechos fundamentales de la persona, que son desarrollados a lo largo de esta investigación.

**Palabras claves:** *Derechos fundamentales, regulación del desistimiento en la Ley de Servicio Militar Voluntario, Ley 29248.*



## ABSTRACT

This research focuses on studying the fundamental rights that have been violated due to the lack of a text that repeals in the Voluntary Military Service Law (Law 29248), for which the question was formulated: What are the Rights Fundamentals violated by the lack of regulation of withdrawal in the Voluntary Military Service Law, Law 29248? Where it was demonstrated through the objective to determine the fundamental rights violated by the lack of regulation of the withdrawal in the Law of Voluntary Military Service, Law 29248, having as unit of analysis: The desertion processes of the Superior Military Police Court South East Cusco in the period from 2018 to 2021. Concluding that the content of Law 29248 does not consider the possibility of giving up the use of autonomy and self-determination to recruits who no longer want to remain in military service due to multiple factors such as the absence of the fulfillment of commitments by the Peruvian Army, or because in its development better possibilities or events have arisen that may be fundamental for the development and well-being of the person, in that sense the Voluntary Military Service Law does not allow acting to the person with freedom, this fact of not allowing the army to leave with justified causes, violates the right to the free development of the personality and the right to equality of persons; as well as one of the consequences of the absence of regulation of withdrawal is that recruits commit the crime of desertion without any other possibility with the consequences that this brings; among them, being investigated for the alleged commission of the indicated crime and being sentenced to a custodial sentence, together with a payment of civil compensation; aspects for which we consider that there is a serious violation of the fundamental rights of the person, and that were developed throughout this investigation.

**Keywords:** *Constitutional rights, regulation of withdrawal in the Voluntary Military Service Law, Law 29248.*



## INDICE GENERAL

<i>DEDICATORIA</i> .....	II
<i>AGRADECIMIENTOS</i> .....	III
RESUMEN .....	IV
ABSTRACT .....	V
<b>CAPÍTULO I. EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>8</b>
1.1. Problema .....	8
1.1.1. Planteamiento del problema.....	8
1.1.2. Formulación del problema .....	11
1.2. Objetivos de la investigación.....	11
1.2.1. Objetivo General.....	11
1.2.2. Objetivos específicos .....	11
1.3. Justificación .....	11
1.4. Método.....	12
1.4.1. Diseño Metodológico.....	12
1.4.2. Diseño contextual .....	13
1.4.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, procesamiento y análisis de datos	13
1.4.4. Fiabilidad de la investigación .....	14
1.5. Hipótesis de trabajo .....	14
1.6. Categorías de Estudios.....	14
1.7. Categorías de estudio.....	15
<b>CAPITULO II: DESARROLLO TEMÁTICO</b> .....	<b>16</b>
2.1. Antecedentes de Investigación .....	16
2.2. Bases Teóricas .....	20
2.2.1. Derechos constitucionales.....	20
2.2.2. Libre desarrollo de la personalidad.....	25
2.2.3. Proyecto de vida.....	32
2.2.4. Libertad personal .....	33
2.2.6 Libertad de trabajo .....	44
2.2.7 Igualdad .....	45
2.2.8 Servicio militar voluntario en Perú.....	49



2.2.9 Bajas del servicio militar .....	50
2.2.10 Respecto a la publicidad engañosa en la captación de reclutas .....	53
2.2.11 Afectación psicológica.....	54
2.2.12 Silencio administrativo negativo .....	56
2.3. Definición de términos.....	56
2.3.1. Derechos Constitucionales.....	56
2.3.2. El delito de deserción.....	56
2.3.3. Igualdad .....	57
2.3.4. Libertad.....	58
2.3.5. Libertad contractual .....	58
2.3.6. Libertad de trabajo .....	58
2.3.7. Libre desarrollo.....	58
2.3.8. Política de seguridad y defensa nacional .....	58
2.3.9. Proyecto de Vida.....	59
2.3.10. Respecto de los derechos fundamentales de la persona.....	59
2.3.11. Servicio Militar .....	59
<b>CAPITULO III RESULTADOS Y ANALISIS DE LOS HALLAZGOS.....</b>	<b>60</b>
3.1 Resultados del estudio respecto a los objetivos específicos .....	60
3.2 Resultados respecto al objetivo general .....	78
3.3. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos.....	78
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES .....	86
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	87
APENDICES .....	90



## CAPÍTULO I.

### EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Problema

##### 1.1.1. Planteamiento del problema:

La presente investigación se centra en el análisis de los derechos constitucionales que a entender, el Ferrajoli citado por Contreras, indica que son todas las capacidades o inmunidades acreditadas a todos, esas libertades que son aplicables a sujetos con la facultad de obrar, por las normas de un determinado ordenamiento jurídico. Como tales, son un componente esencial de la igualdad y el valor individual. (Contreras, 2012, p. 128-129).

Por otro lado, los derechos fundamentales se entienden como derechos humanos, los cuales son recogidos por la constitución de cada país, siendo reconocidos en un principio, internacionalmente para que luego cada ordenamiento jurídico los colocara en su Carta Magna; por ser esenciales para la coexistencia en sociedad, y se encuentran inherentemente relacionados con la dignidad humana, entendemos por derechos fundamentales a aquellos concomitantes a todo ser humano.

La vulneración de derechos fundamentales se muestra en casos concretos en el caso del Ejército Nacional de Colombia, donde 19.000 menores fueron reclutados ilegalmente entre 1993 y 2015 (Revista Semana, 2016), Cabe señalar que el cuanto al enfoque de derechos básicos que han sido implementados para reclutar niños y jóvenes es insuficiente y es un trasfondo del reclutador ilegal más grande del nuestro país. Según la información brindada por el Ministerio de Defensa al representante a la Cámara, Alirio Uribe en el 2016, desde 1993 a 2015 han prestado servicio militar 1.412.209 jóvenes, de entre ellos solo 208.467 optaron proseguir con la carrera militar (p. 9). 35.237 jóvenes desertaron del servicio y 1294 jóvenes perdieron la vida prestándolo. 7.552 jóvenes terminaron siendo afectados para toda su vida con daños físicos o mentales. De los reclutados para ofrecer el servicio militar obligado, el 80% son parte de los estrados 0, 1, 2 y 3 (Defensoría del Pueblo, 2014), y cerca de 800.000 colombianos se encuentran en situación de remisos, es decir, personas que no completaron el debido proceso para definir la situación militar. (Rodríguez, 2016, p. 61).

En el plano internacional se encuentra casos como el de Colombia, donde se prefirió la defensa social sobre los derechos humanos de menores de edad, derechos como la libertad



de voluntad para ser parte del cuerpo del ejército, al margen de la Ley y del respeto de normatividad internacional vinculante, donde el Estado no cumple con su obligación protectora de derechos, y con mayor perjuicio por vulnerar principios como el de superioridad del niño; además es evidente la negativa de la ciudadanía de pertenecer al cuerpo del ejército, al conocer como es la actividad dentro de este.

“La obligatoriedad que se pretendía implantar vulnera directamente el derecho de los jóvenes de poder elegir libremente un proyecto de vida distinto del que significa prestar servicio militar o de orientar las primeras actividades de su vida adulta fuera del ámbito castrense. Significa una vuelta a épocas pretéritas en las que, contra la voluntad de los jóvenes, se les llevaba forzosamente a prestar servicio militar bajo condiciones indignantes”, indica La República (2013).

Respecto al contexto nacional, en varias ocasiones se ha cuestionado recurrentemente el carácter de voluntariedad del servicio militar, el caso citado es referido a la convocatoria extraordinaria de jóvenes para prestar servicio militar, que tiene como consecuencia la misma que el tema que la presente investigación aborda, la infracción de derechos fundamentales, entre ellos el desarrollo libre de la personalidad, así mismo a la libertad de voluntad y el derecho a la igualdad.

Entonces, en la presente investigación se ha considerado la base militar de la 5ta Brigada de Montaña del Cusco, la cual se encuentra en el distrito de Santiago, provincia y departamento del Cusco, la cual, como parte del ejército militar, tiene como fin proteger la Nación y los intereses nacionales frente a cualquier tipo de amenaza o agresión ejerciendo el dominio militar terrestre, cooperar en el desarrollo social y económico, manejo del orden interno, actuaciones de defensa civil requeridas y la política exterior de acuerdo a ley, de forma constante y eficaz; con el fin de garantizar y contribuir a la independencia, soberanía, integridad territorial y bienestar general de la población.

Por lo tanto, el problema del presente estudio se centra en los reclutas que ingresan al servicio militar voluntario, cuando realizan su servicio dentro de la institución, se dan circunstancias que afectan negativamente a los reclutas; tales como, derechos no recibidos en su totalidad, pagos no remunerados adecuadamente, restricciones en cuanto a permisos, etc. Es en ese entender que, los reclutas empiezan a ver como una alternativa de solución, dejar el servicio militar voluntario para dedicarse a otra actividad que le beneficie de mejor manera, pero al dejar el servicio militar, estos son considerados desertores, lo cual es tipificado como delito por el código penal en su artículo 105 del Código Penal Militar Policial; y por el reglamento de ley de servicio militar en su artículo 44 numeral 1 y literal



d, en el mismo artículo numeral 2, literal d y en su artículo 140, vulnerándose a sí derechos constitucionales. Esto se debe a que el libre desarrollo de la personalidad es limitado debido a que el recluta se ve obligado a terminar sus años de servicio militar para no poder ser catalogado como desertor y de esta manera no ser puesto a disposición de los códigos y reglamento anteriormente mencionados. También, la libertad de voluntad (artículo 2 numeral 24, literal b, de la Constitución Política del Perú), se encuentra limitada, debido a que el recluta no tiene el poder de deshacer la decisión que tomo al momento de enlistarse en el servicio militar voluntario, pues si lo hace se le considerará como un desertor. Por último, el derecho a la igualdad es vulnerado debido que, a comparación de otras instituciones, una persona puede retirarse de la actividad que le fue asignada en el momento que vea oportuno, sin recibir alguna penalización grave, como por ejemplo ser considerado dicho acto como un delito penal.

Si el problema persiste, el cuerpo militar tendrá menos capacidad de captación debido a que no existe muchos incentivos para integrarse al servicio militar, pudiéndose generar un déficit en el reclutamiento de jóvenes al servicio militar, lo cual perjudicaría de manera significativa a la institución; además de que los intereses del fuero castrense estarán perjudicados porque estarán vulnerando los derechos fundamentales de los militares que desean culminar satisfactoriamente su servicio y con ello lograr cumplir con los acuerdos indicados desde el momento que ingresaron con las promesas establecidas por prestar dicho servicio.

Como posible solución se tendría que modificar los artículos del Código Penal, Código Penal Militar y el reglamento de ley de servicio militar, en donde sancionan a las personas que deciden desertar del servicio militar voluntario de manera que estos no sean considerados como desertores a dichas personas, esto tendría una justificación debido a que ellos decidieron ser parte del cuerpo militar de forma voluntaria; de esta manera con la modificatoria de los artículos se evitaría la vulneración de los derechos constitucionales.

Para poder entender de mejor manera el problema expuesto, se plantean las siguientes preguntas:



### 1.1.2. Formulación del problema

- **Problema principal**

¿Cuáles son los derechos constitucionales vulnerados por la ausencia de regulación del desistimiento en la Ley de Servicio militar voluntario, Ley 29248?

- **Problemas secundarios**

- ¿Cómo se da la vulneración del derecho de libre desarrollo de la personalidad por ausencia de regulación del desistimiento en la Ley del Servicio militar, Ley 29248?
- ¿Cómo se da la vulneración del derecho a la igualdad por la ausencia de regulación del desistimiento en la Ley del Servicio Militar Voluntario, Ley 29248?.

### 1.2. Objetivos de la investigación

#### 1.2.1. Objetivo General

Determinar cuáles son los derechos constitucionales vulnerados a razón de la ausencia de regulación del desistimiento en la Ley de Servicio Militar Voluntario, Ley N° 29248.

#### 1.2.2. Objetivos específicos.

- Identificar la forma de vulneración al derecho de libre desarrollo de la personalidad por la ausencia de regulación del desistimiento en la Ley del Servicio Militar Voluntario, Ley 29248.
- Determinar la vulneración del derecho a la igualdad por la falta de regulación el desistimiento en la Ley del Servicio Militar Voluntario, Ley 29248.

### 1.3. Justificación

En el Perú el servicio militar voluntario para mayores de 18 años es una actividad individual en la que todos los ciudadanos, independientemente de su género, ejercen sus derechos y obligaciones constitucionales para participar en la Defensa Nacional

Sin embargo, el carácter de voluntario se ha visto desvirtuado debido a que solo es respetado al iniciar dicho servicio, ya que una vez iniciado no es posible desvincularse de este. De esa forma no se estaría respetando la libre voluntad de la persona para terminar con la relación del servicio militar, cuando este supone voluntariedad, establecido así en el año 2000, por medio de la Ley 27178, ley del servicio militar.

En razón a ello es significativo el presente trabajo de investigación, pues se



determinará cuáles son los derechos constitucionales afectados, para así ponderar la necesidad de regular el desistimiento voluntario en la Ley de Servicio Militar, analizando desde una nueva perspectiva la Ley 29248 y su modificación por el Decreto Legislativo N°1146.

Ello contribuirá a que la población interesada en realizar servicio militar pueda identificar de forma fidedigna cuáles serán sus ventajas y desventajas; pero no solo servirá a la población, sino que, aportará a la mejora sobre el fondo de futuras leyes, y de ser posible la modificación de nuestra actual Ley de Servicio Militar, Ley 29248.

El tema de investigación sobre los derechos constitucionales afectados por la falta de regulación del desistimiento en la ley del servicio militar, se considera un aporte importante a la gestión del conocimiento, ya que es fundamental para definir el contenido básico de la normativa.

Los derechos fundamentales son aquellos que los seres humanos tienen ante todo y son independientes de las normas positivas y por el simple hecho de que los seres humanos, además de participar de la naturaleza humana, son reconocidos como derechos humanos recogidos por la Constitución de los Estados.

Por ello, consideramos a este estudio valioso, pues busca reafirmar la imprescindibilidad de los derechos humanos en cualquier norma, pues de no ser de esta forma el Estado, por mano propia estaría vulnerando derechos humanos reconocidos internacionalmente, cuando su deber es resguardar estos y garantizarlos. La cuestión debe ser evaluada en un contexto analítico acorde con nuestra Constitución e instrumentos internacionales, por ello, es fundamental crear un espacio de investigación, fortaleciendo la estructura del proceso organizativo desde la transformación continua de datos e información hasta el planteamiento final de la investigación, en el que se establecerá un sistema estructurado de gobierno respaldado por el respeto a los derechos fundamentales.

## **1.4. Método**

### **1.4.1. Diseño Metodológico**

Esta investigación se desarrolló desde un diseño metodológico no experimental puesto que, no se alterará las categorías de estudio, sino que se analizará y se observará tal cual se presenta en el contexto de estudio.

Los estudios no experimentales son estudios realizados sin la Manipulación deliberada de variables donde solo se observan fenómenos en su medio natural para su respectivo análisis. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014)



Este estudio es descriptivo y explicativo. Porque, mediante la aplicación de diversas herramientas de evaluación, se identifican y vinculan áreas con mayor potencial para generar nuevo conocimiento, para compartir con el mundo investigativo o para gestionarlo. El enfoque es cualitativo, en el que se recopila información para un proceso con diferentes tipos de evaluación.

#### **1.4.2. Diseño contextual**

- **Escenario y tiempo**

La presente investigación tuvo como escenario la Quinta Brigada de Montaña, donde se ha tomado en cuenta los procesos de desertión que existen en el Tribunal Superior Militar Policial Sur Oriente Cusco.

La presente investigación abarcó el periodo 2018 – 2022.

- **Coyuntura**

La coyuntura en la que se ha desarrollado la presente investigación es que se ha identificado la vulneración al libre desarrollo de la personalidad siendo este uno de los derechos fundamentales, el derecho a la igualdad y la libertad personal de las personas que voluntariamente se presentan al servicio militar, vulneración que permite la Ley del Servicio Militar Voluntario Ley N° 29248, ante la ausencia de la regulación del desistimiento en la Ley antes referida.

- **Unidades de estudio**

La unidad de estudio de la presente de investigación son los procesos de desertión del Tribunal Superior Militar Policial Sur Oriente Cusco en el periodo del 2018 al 2021.

#### **1.4.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, procesamiento y análisis de datos**

Las técnicas incluyen en proporcionar valor y peso a cada dato recopilado, y sacar conclusiones de la información evaluada. La importancia de la evaluación y la explicación radica en asegurarse de trabajar con datos válidos y soluciones de proceso Verdadero y preciso

Para un adecuado estudio se utilizó la **técnica de análisis documental**, ello respecto a los casos judiciales; se usará también la entrevista de personas que han dejado el servicio militar antes el tiempo establecido y se usara un análisis jurídico de la regulación de diferentes instituciones donde uno puede brindar algún modo de servicio, ello con finalidad



de realizar una comparación.

#### **1.4.4. Fiabilidad de la investigación**

El presente estudio posee análisis de documentos del Fuero Militar Policial (Tribunal Superior Militar Policial – Sur Oriente Cusco), habiéndose analizado casos por la comisión del delito de Deserción, habiéndose realizado entrevistas a las personas que desertaron, del mismo se obtuvo información de expertos de diversas ramas del mundo académico, confiando en el compromiso de cada informante, asimismo la información que se ha extraído para el análisis de la información fueron tomados de los expedientes judiciales y las carpetas fiscales que se llevan en el Tribunal Superior Militar Policial Sur Oriente Cusco.

#### **1.5. Hipótesis de trabajo**

Los derechos fundamentales vulnerados por la ausencia de regulación del desistimiento en la Ley de Servicio Militar Voluntario, Ley 29248, son los derechos de libre desarrollo de la personalidad y el derecho de igualdad.

#### **1.6. Categorías de Estudios**

- **Derechos fundamentales:** Como escribe Ferrajoli los derechos fundamentales no son más que facultades o inmunidades reconocidas a todos, estas libertades son ejercidas por las autoridades competentes de conformidad sujeta a un orden jurídico determinado. Por tal motivo, son intrínsecos de la igualdad y también del valor poseído por el ser humano. (Contreras, 2012, p. 128-129), en el presente trabajo se ha identificado como derechos fundamentales que se vulnera por la ausencia de regulación del desistimiento, los derechos fundamentales, como el desarrollo libre de la personalidad, el derecho a la igualdad y derecho a la libertad personal.



### 1.7. Categorías de estudio

Tabla 1

Categorías de Estudio

Categorías	Descripción	Sub categorías	Ítem
Derechos constitucionales	Siendo que los derechos constitucionales son la positivización de los derechos fundamentales es preciso citar a Ferrajoli, que indica que los derechos fundamentales no son más que facultades o inmunidades reconocidas a todos, estas libertades son ejercidas por las autoridades competentes, sujeta a un determinado ordenamiento jurídico un orden jurídico determinado. Por tal motivo, son intrínsecos de la igualdad y también del valor poseído del ser humano. (Contreras, 2012, p. 128-129)	Desarrollo libre de la personalidad  Igualdad	<ul style="list-style-type: none"><li>• Libertad de Trabajo</li><li>• Proyecto de vida</li><li>• Jerarquización social</li><li>• Libertad Personal</li><li>• Celeridad en la toma de decisiones</li><li>• Libertad Contractual</li><li>• Presión social</li> <li>• Mecanismos</li><li>• Oportunidades</li><li>• Participaciones</li><li>• Celeridad en el proceso</li><li>• Igualdad formal</li><li>• Igualdad material</li></ul>



## CAPITULO II: DESARROLLO TEMÁTICO

### 2.1. Antecedentes de Investigación

War Resister Internacional (2005) en su artículo académico intitulada “Servicio militar en los Estados Unidos de América: Cuestiones sobre Conciencia y Derechos Humanos”. El documento presenta un acercamiento a los temas de derechos humanos que guardan una relación con las fuerzas armadas de los Estados Unidos de América, y se limita a cuestiones de guerra y conciencia.

En las conclusiones menciona que, las cuestiones de derechos humanos no están vinculadas a una categoría en la “formación de un ejército”, sino a un problema propio de cualquier tipo de ejército y además dentro de los problemas principales relacionados con los derechos humanos en el ejército Estadounidense están referidos al derecho de negación de conciencia y a la desertión de las fuerzas armadas, además puso en evidencia que existen prácticas militares como la discriminación en contra de homosexuales bajo la política de “no preguntar, no hablar”, el acoso sexual, en especial a las mujeres soldado, y la violación de los derechos humanos ejercidos por el ejército de EE. UU. en periodo de operaciones militares.

La relación que guarda el informe citado con el presente trabajo surge en establecer las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales de la persona en las prácticas militar es que en muchos casos son considerados como acciones cotidianas del ámbito militar. Por ello es importante investigar y analizar las posibles vulneraciones de los derechos humanos en el servicio militar, y que el estado garantice el disfrute pleno e irrestricto de los derechos fundamentales de las personas involucradas en el servicio militar.

Arrieta & De La Cruz (2016) en su artículo académico intitulado “La objeción de conciencia como mecanismo de protección frente al servicio militar obligatorio en Colombia” donde concluye que, el Estado colombiano ha avanzado en el reconocimiento del derecho a la objeción imparcial a través de la jurisprudencia, como lo demuestran las decisiones de la Corte Constitucional referidas en este proceso, ya que por parte del legislador no existe una ley que prevea este derecho. Porque hubo muchos intentos, pero no tuvieron éxito. Además, refiere que hay una gran tensión porque, a pesar de los avances legales en la materia, creyentes, laicos y personas que nunca han tomado parte en acciones



militares no tienen un estandarte que los proteja de abrir la puerta al clero en tiempos de guerra. Y la religión, deben invocar la conciencia, porque la ley dice que no los excluye sino en tiempos de paz, y el Estado de Colombia, en su ordenamiento jurídico en el artículo 93, habla del bloque constitucional, y la libertad religiosa es no reconocida. Ante esto con base en la obligación de respetar los derechos humanos, es claro que el Estado colombiano coloca estas normas a pesar de estos derechos, los cuales no están plenamente garantizados y limitados. Por lo tanto, existe apoyo internacional, a través de diversos tratados, convenciones y declaraciones de las Naciones Unidas y las comisiones de derechos humanos; Por lo que se concluye que, en Colombia, como Estado miembro de estos organismos internacionales, se pueden encontrar soluciones para el clero y las religiones en tiempos de guerra, los creyentes, la gente común y los que no toman parte en el trabajo de los soldados, y allí son siempre garantías de libertades.

La relación que guarda el trabajo señalado con el presente, es que establece las posibles normas y prácticas militares que atente contra las libertades de clérigos y religiosos limitándoles el derecho de objetar conciencia; además se analiza la posible falta de normatividad que proteja tal derecho dentro de los institutos castrenses. Por ello, es importante investigar y analizar este tema por ser de mucho interés, pues se trata de derechos fundamentales que son inherentes al ser humano. Lo que ocurre también en las instituciones castrenses peruanas.

El Centro de estudios y promoción del desarrollo, Desco (2009) en su documento intitulada “Personal militar en situación de vulnerabilidad en el Perú” donde concluye que, una parte de quienes trabajan en el sector de la defensa son vulnerables a las debilidades al ejercer sus derechos. En tal caso, los jóvenes soldados y mujeres, que son más propensos a darse cuenta de que sus derechos son afectados, también atribuyen este fenómeno a muchos factores; entre ellas, se incluyen y normalizan prácticas institucionales al interior de las fuerzas armadas y se relacionan con la percepción del carácter privado del sector defensa, en el cual el campo se liberara de imponer políticas públicas que incentivan derechos universales y marcos de garantías individuales. En tal situación, la vida militar institucional establece normas informales y restituye las prácticas que exponen al peligro la realización de los derechos fundamentales y las condiciones para el desarrollo humano de los soldados y las mujeres.

Desde el punto de vista jurídico, a pesar de la existencia de un marco común de garantías, queda por verificar la persistencia de casos de violaciones en el siglo XXI a los militares peruanos en sus derechos fundamentales que los sustentan. Si es sabido que algunas



regulaciones recientes, como la Ley 29248, expresa el deseo de poder mejorar la situación, el presente diagnóstico pudo demostrar que queda aún un largo camino por recorrer y así el servicio militar pueda ser efectivo. Funciones para todos los actores: sociedad, estado y fuerzas armadas. Por ello, es importante asegurar el respeto de los beneficios conferidos por la ley, fomentar la creación de un ambiente propicio para el bienestar y asegurar el respeto irrestricto a los derechos del personal militar. El servicio militar, condición necesaria para lograr los fines del ordenamiento jurídico y hacer atractivo el Servicio militar para los hombres y mujeres jóvenes peruanos.

La investigación guarda relación con el presente, radica en que este es un estudio donde también se analiza las posibles vulneraciones a los derechos fundamentales de la persona durante el servicio militar, en la parte del diagnóstico de este documento pone en evidencia posibles actos o practicas militar es que son atentatorios contra el ejercicio de los derechos básicos de los soldados en el Perú. Es por ello la importancia de realizar investigaciones referidos a la vulneración de los derechos dentro del servicio militar del Perú para identificar posibles vacíos legales y en consecuencia crear un marco normativo claro que proteja los derechos fundamentales de las personas enlistadas en el servicio militar peruano.

Soria (2010) en su tesis de pregrado “Régimen disciplinario de las fuerzas armadas y la vulneración del derecho al libre desarrollo de la persona humana”, concluyo que, la Ley N° 29131 “Ley Del Régimen Disciplinario De Las FF.AA.”, la adopción de un concepto limitado de derechos fundamentales; para mantener la disciplina se requiere la sumisión absoluta de las personas, lo que afecta su derecho al libre desarrollo, la dignidad y la integridad. Refiere que estamos ante una norma claramente neutral. Sin embargo, la aplicación posee un efecto claramente discriminatorio sobre los soldados de menor rango y viola fundamentalmente el derecho humano al libre desarrollo, ya que se considera una violación del sistema de matrimonio sin el permiso del comandante en jefe, y mucho menos la preservación. Relaciones románticas con miembros del mismo tipo en las fuerzas armadas. Al monopolizar la decisión de cada persona, el Estado se ve limitado en su intervención. Siendo entonces inconstitucional dicha norma, por ser contraria a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, se requiere una pronta reforma, abandonando el viejo concepto restrictivo e iniciático de los derechos fundamentales que ha adoptado y está en consonancia con la Constitución y demás normas internacionales. Tratados del que es parte Perú.



La relación que guarda este trabajo de investigación con la presente, es que se establece la vulneración del derecho a la libertad de decisión en el régimen disciplinario de las fuerzas armadas contenida dentro de la Ley N° 29131, documento en el cual se postula ciertos mandatos que limitan la libertad de desarrollo de la persona humana. De este modo se comparte la idea del investigador en que dentro del ambiente militar y en especial en las fuerzas armadas existen prácticas y normas que afectan los derechos fundamentales del ser humano.

Nelson Ramos Mamani (2014) en su tesis “Efectos de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas frente a la Privación de la Libertad en la 3ra Brigada de Caballería de Tacna - 2013 – 2014”, para obtener el grado académico de Magister en Derecho Penal ante la Universidad Privada de Tacna, en donde concluye que:

Se ha demostrado que el Sistema disciplinario de las fuerzas armadas, vulnera la libertad y carece de la protección de los derechos básicos de los militares frente a los derechos de otros ciudadanos, derivada de la supervisión de los legisladores en la regulación de sus derechos. Interviene directamente en los asuntos de las fuerzas armadas, haciéndose acreedor a un trabajo prestado por el instituto y no a un derecho del que gozan los militares.,  
ii. Se estableció que en la III Brigada de Caballería en Tacna, el Código Disciplinario de las Fuerzas Armadas tiene un impacto significativo en la privación de libertad, por lo que se imponen sanciones disciplinarias administrativas. Se aplica un documento emitido por cualquier personal militar en función, y fue promulgada en violación de todas las disposiciones de la Ley N° 27444, porque no se respetaron los principios establecidos en dicha ley, y no contó con un procedimiento especial (procedimiento de juicio),

La relación que guarda la investigación precitada con la presente, está en que en ambas investigaciones el problema principal es analizar las posibles acciones o normas dentro del servicio militar que vulneran derechos fundamentales de las personas que se encuentran brindando el servicio militar en el Perú.

Laura Roldan Cajigas (2016) en su tesis “El Sistema Disciplinario Sancionatorio Contenido en el Decreto Legislativo N° 1150, Ley del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional Del Perú”, para obtener el título profesional de abogado ante la Universidad Andina del Cusco, concluye que: Regulando el sistema disciplinario incluido en el Decreto Legislativo No. 1150, la Ley del Sistema Disciplinario de PNP no es suficiente



porque, como se analizó, hay sanciones y procedimientos que violan los derechos básicos de la policía, en este sentido, no pueden considerarse un sistema que viola los derechos y principios como un sistema adecuado estando en un estado de Derecho Constitucional y, por lo tanto, se debe garantizar el respeto a las normas de rango superiores y los derechos fundamentales de cada miembro. Para sus miembros, sobre esta base, pueden confirmar la hipótesis que se dice, que en el trabajo existe unas incompletas regulaciones del Sistema Disciplinario de la PNP que viola los derechos básicos en el ejercicio de la función policial.

La relación que guarda la investigación antes descrita con la presente trabajo es que, en ambas se pretende describir y analizar las posibles vulneraciones a los derechos fundamentales contenidos en la constitución, donde los resultados en esta investigación ponen en evidencia que dentro del régimen regulatorio de la PNP existe normas o sanciones mal tipificadas que vulneran o afectan el ejercicio pleno de sus libertades. Por tanto, este es un trabajo que guarda mucha relación con el presente trabajo pues en esta investigación también se pretende investigar y analizar si existen prácticas o normas dentro del servicio militar peruano que estén afectando derechos fundamentales inherentes al ser humano.

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. Derechos constitucionales.**

Luis Castillo-Córdova (2005) dice, que “con la expresión derechos constitucionales se puede hacer referencia a ese conjunto de facultades o atribuciones de la persona que son recogidas y garantizadas en la norma constitucional. El empleo de esta expresión no genera mayores complicaciones debido a que se está calificando un derecho según el nombre de la norma que lo contiene”. (p. 14).

Al referirnos sobre derechos constitucionales, logramos que se centre en un punto concreto, que es el de escapar de los debates filosóficos y establece como único eje las discusiones jurídicas. En algunas legislaciones se tiene como iguales a los derechos constitucionales y los derechos fundamentales. En los casos que se hace diferencia se prevén mecanismos diferentes para uno y otro. Por lo que queda en los constituyentes, definir las diferencias y similitudes entre los derechos constitucionales y sus símiles. En el caso peruano, como estableció el Tribunal Constitucional se tiene que entender cómo lo mismo los derechos fundamentales y los constitucionales, por lo que se tiene también los mismos mecanismos de protección.

Como indica Humberto Noguera (2003) “la conceptualización de derechos fundamentales o derechos constitucionales reservados a los derechos de una persona reconocidos en el ordenamiento jurídico de un Estado a menudo se mantiene en la Carta



Básica, incluso autores como Peces-Barba argumentan que la frase "derechos fundamentales" incluye a la moral como componentes virtuales y legales. Por regla general, según lo señalado por Hernández Valle, los derechos fundamentales, son un conjunto de libertades legales e institucionales que son reconocidos y garantizados por la legislación vigente". (p. 58).

Los conceptos de derechos humanos, derechos esenciales o derechos fundamentales pueden utilizarse indistintamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional, vinculando a las personas y a los Estados; siendo la diferencia principal entre estos, el donde se encuentra positivado el derecho, en el caso de derechos fundamentales se encuentran reconocidos dentro de la constitución, adoptando la denominación de derechos fundamentales, que a diferencia de los derechos humanos que se encuentran reconocidos en la carta de los derechos humanos, los cuales se encuentran a un nivel internacional. En ciertos espacios es reconocido los derechos fundamentales como derechos constitucionales que varían según el autor en su definición al diferenciarlos.

Los derechos fundamentales constituyen una categoría particular de derechos subjetivos, esta radica en una diferencia específica que es el carácter fundamental. Por ello el objetivo de esclarecer el concepto de derechos fundamentales es, por un lado, esclarecer el concepto de derechos subjetivos y; Por otro lado, definir lo que se entiende en términos de caracterización básica. (Bernal, 2015, p. 1571)

Según Bernal, conceptualiza a los derechos fundamentales como una clase especial de derecho subjetivo, que tiene como principal diferencia de carácter específico en estribar de ser fundamental, es por esta razón que el motivo de esclarecer el concepto de derechos fundamentales es reconocer de cierta forma y aclarar el concepto de derechos subjetivos y también, el de establecer lo que se debe entender por carácter fundamental de estos derechos.

Esta condición es suficiente y necesaria, entonces las siguientes afirmaciones serán verdaderas: (a) Un derecho subjetivo del ser humano será derecho fundamental si este derecho es establecido por una disposición del Capítulo de Derechos Fundamentales de la Constitución. b) Son derechos fundamentales todos los derechos subjetivos previstos en las disposiciones que constituyen el apartado de derechos fundamentales de la Constitución.

Este concepto del carácter fundamental de los derechos fundamentales es útil para poder demostrar que otros conceptos de derechos humanos son derechos fundamentales. Debido a que no se especifican disposiciones constitucionales, esta certeza no es absoluta. Sin embargo, este concepto excluye la posibilidad de considerar los derechos fundamentales como derechos sustantivos definidos por otras disposiciones que no se incluyen en la parte



de derechos fundamentales de la Constitución. (Bernal, 2015, p. 1575)

En la misma línea Bernal, señala que los derechos fundamentales son considerados tanto como una condición suficiente y necesaria, por lo tanto, afirma que estos son conceptuados primero que un derecho fundamental será un derecho subjetivo siempre en cuando este sea establecido como tal por una disposición que parte del capítulo referente a los derechos fundamentales de la Constitución; como segunda afirmación se señala que, todo derecho subjetivo que se encuentra establecido por la disposiciones que pertenecen al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución, son considerados como derechos fundamentales tal cual, el autor señala que esta concepción de carácter fundamental propio de los derechos fundamentales, tiene la particularidad de ofrecer la ventaja que faculta establecer con mayor seguridad que otras concepciones, las cuales consideran meramente derechos subjetivos son derechos fundamentales, es por el motivo de la indeterminación evidente de las disposiciones constitucionales esta seguridad o certeza de concepción, nunca es absoluta, pero, esta concepción a pesar de esto, elimina la posibilidad de que se clasifique como derechos fundamentales a los derechos subjetivos que fuesen establecidos por otras disposiciones que no integren al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución, siendo su principal ventaja.

La conceptualización de los derechos fundamentales o derechos constitucionales se refiere generalmente a los derechos del individuo, que son reconocidos en la carta fundamental por el ordenamiento jurídico de un Estado, y aunque diversos autores como Peces- Barba aceptan que la expresión “derechos fundamentales” incluye tanto supuestos éticos como componentes legales. Como regla general, los derechos básicos, como señala Hernández Valle, el “conjunto de derechos y libertades jurídicos e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo”. (Nogueira, 2003, p. 58)

Según Nogueira, pone en conocimiento que el concepto de derechos fundamentales o también denominados derechos constitucionales, es usado principalmente para los derechos de la persona los cuales, se encuentran establecidos y reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en lo que se considera como carta fundamental o Constitución, aunque se precisa que, algunos autores como Peces-Barba consideran que la expresión de derechos fundamentales engloba tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, Nogueira citando a Hernández señala, que generalmente , se comprende como derechos fundamentales a un conjunto de derechos así como también libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y que además se encuentran garantizados por el derecho positivo del mismo Estado.



Los derechos humanos son universales, individuales y reciprocas, es por tanto que en el ámbito constitucional los derechos humanos son de suma importancia en el marco social de los derechos fundamentales y constitucionales para su goce y desarrollo por mediode su aplicación. (Acuña, 2010, p. 153)

Según señala Acuña, los derechos humanos tienen la naturaleza y realidad de ser universales, así como también son individuales y que se encuentran relacionados entre sí, y es por esta razón que, en el área de lo constitucional, los derechos humanos toman un rol protagónico dentro del marco social de los derechos fundamentales, así como también constitucionales, para su goce, de igual manera para su desarrollo a través de su aplicación.

Debido a que el gobierno debe proteger y defender los derechos humanos, estos derechos se pueden dividir en derechos naturales y derechos fundamentales, pero después de que se declaran estos derechos, se les llama derechos positivos. Generalmente escrito en la Norma (Acuña, 2010, p. 154)

Tomando en cuenta que los derechos humanos son y simultáneamente deben ser protegidos por el Estado, siendo una posible clasificación de estos derechos humanos según el autor entre derechos naturales y derechos fundamentales, aún a pesar de esto, después la declaración de estos derechos humanos, también se le considera y denomina como un derecho positivista, el cual está establecido mediante la norma, de cada Estado. Los Derechos Fundamentales; como primera instancia “son los que designan las facultades o pretensiones garantizadas en virtud de un ordenamiento positivo, este aspecto nos refleja, que los derechos fundamentales se confunden con los derechos constitucionales” (Acuña, 2010, p. 155-156). Entonces, los derechos fundamentales son conceptuados primero como aquellos que otorgan las facultades o también entendidas como pretensiones garantizadas en razón de un ordenamiento de carácter positivista, siendo que este aspecto genera el reflejo de que los derechos fundamentales tienen a ser confundidos con los derechos constitucionales.

Podemos entender que los derechos fundamentales desde una estructura que tipifica todo al mismo modo que los derechos humanos, construyen una conexión principal y propia al ser humano. Estas disposiciones están vinculadas a una serie de principios y principios que sustentan la regulación constitucional de estos derechos en cada país. Las variaciones en las disposiciones y prácticas de estos derechos fundamentales son comunes en diferentes sociedades. (Acuña, 2010, p. 156)

Siendo así, los derechos fundamentales son comprendidos desde la perspectiva de una estructura que encauza un todo, en razón de que, en igual manera los derechos humanos, forman una conexidad principal, así como también inherente al ser humano, es por este



motivo, que las disposiciones se han encontrado compuestas, por una variedad de teorías y también doctrinas que defienden el considerado marco constitucional de los derechos fundamentales en cada Estado, siendo principalmente la diferencia entre las disposiciones, así como también las normas de estos derechos fundamentales lo cual es considerado como una especie de distinción genérica entre cada nación.

Los derechos fundamentales no se entienden como concesiones gratuitas a las buenas prácticas, sino sobre todo como libertad de las mismas, y son por su propia naturaleza ávidos de bienes humanos. Una consecuencia directa de lo anterior es que estos derechos están disponibles para todos, independientemente de su edad, casta, género o credo, trascendiendo así toda forma de discriminación. No discriminación. (Sánchez, 2014, p. 229)

Según manifiesta Sánchez, los derechos fundamentales son conceptualizados como aquellos derechos, que son propios de los seres humanos, no se realizan mediante una simple concesión dada por criterios positivos, sino que se otorgan primero e independientemente también de estas normas, además que el simple hecho de ser hombre y de igual manera el de participar de la naturaleza humana por sí misma, produciendo la consecuencia inmediata de ser reconocidos por sí mismos, es que estos derechos son ostentados por toda persona, de cualquier edad, al igual que la raza, sexo o la religión, estando por esta razón, más allá y principalmente por encima de todo tipo de circunstancia de forma discriminatoria por parte de otros.

Dado que los derechos fundamentales en sí mismos son derechos objetivos, los conceptos asociados a ellos son ciencias que se les pueden aplicar. Pero es claro que tienen un significado especial, que se distinguen de los demás por su condición fundamental, y que tienen una personalidad que ya no está asociada a los derechos de los demás, sino que les pertenece sólo a ellos. (Sánchez, 2014, p. 230)

Además, los derechos fundamentales son conceptuados como derechos subjetivos, y es por esta razón que les son aplicables las notas que principalmente la doctrina científica suele asignar a estos derechos, siendo evidente que por su misma condición de ser fundamentales, estos derechos gozan de una especial importancia que los destaca por sobre todos los demás derechos y que se manifiesta en una porción de sus caracteres, siendo que ya no son compartidos por los otros derechos, más bien siendo exclusivos de estos.

Después de todo, los derechos fundamentales son universales, y entiendo que el término significa que todos los hombres pertenecen a todos los hombres, lo que significa que entre todos los hombres hay una igualdad jurídica básica. Fórmula estricta, me refiero a los derechos fundamentales. No podría ser de otra manera, pues todos los seres humanos



comparten de la misma manera la misma sustancia: el ser es lo que es todo; No hay jerarquía cuando se trata de tener núcleos. (Sánchez, 2014, p. 230)

Se manifiesta que los derechos fundamentales son conceptuados como universales, siendo entendido este término de universales en el sentido de que todos estos, se encuentran en posesión por todos los hombres, siendo estos inherentes, que se entendería que se produce un estricta igualdad jurídica entre las personas, que se encuentra referida a los derechos fundamentales, siendo que no podía ser de un modo distinto, por motivo de que todos los hombres participan en igualdad de condiciones de la misma naturaleza, en palabras del autor la persona es considerada como tal en su totalidad, y no se puede dar por partes al momento de poseer esta naturaleza de ser ella, lo que conlleva sus derechos fundamentales.

### **2.2.2. Libre desarrollo de la personalidad**

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se ubica en los derechos fundamentales que también se encuentra reconocida en nuestra carta fundamental y que como particularidad tiene el objeto de poder tutelar una esfera vital del ser humano, esto es, la construcción del plan de vida pero a su vez describe el comportamiento genético, puesto que de cierta manera ampara, como regla abierta, distintas posibilidades de un comportamiento o conductas que pueden ser muy diferentes , a través de las cuales el individuo ejerce tal derecho, asegurando de esta forma un hacer permitido que puede oponer a terceros. Por tanto, el libre desarrollo, que es el derecho básico del individuo, asegura las posibilidades de elección, está dispuesto a realizar cualquier actividad que sea acorde con los fines y que dependa claramente de las características de cada individuo. (Del Moral, 2012, p. 66)

Según Del Moral, señala que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene una posición fundamental dentro de los derechos fundamentales, cuyo objeto en palabras del autor posee la particularidad de tutelar una esfera vital propia del individuo, lo que se entendería como la construcción del plan o su proyecto de vida, pero que de manera simultánea este mismo tiene la particularidad de describir un comportamiento genérico, puesto que ampara, como norma abierta, las diversas posibilidades de comportamientos o también conductas que pueden ser muy dispares, esto por medio de las cuales el individuo tiene la facultad de ejercer tal derecho, de manera que asegura un hacer permitido, lo cual faculta a oponer a terceros; partiendo de esta premisa se entiende el derecho al libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental, se erige como una garantía de alternativas, por el motivo de acceder a realizar cualquiera de las acciones posibles, las cuales



deben encajar en su objeto y que, por tal razón, evidentemente se encuentran subordinadas de las particularidades de cada individuo el cual desarrolle esta.

La caracterización del derecho fundamental está dedicada al libre desarrollo de la personalidad en razón de las claves de la organización socialista individual que pretende plasmar en la constitución, sus pretensiones y expectativas. Forma parte de su finalidad, que comienza con el tratamiento de las personas libres y libres para elegir su propio modo de vida, siempre que no obstaculice la autonomía de los demás, y respete los derechos humanos como individuos, así como individuos en grupos sociales. (Del Moral, 2012, p. 65)

Entonces, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es considerado como un derecho fundamental, este carácter le es otorgado en razón de ser considerado clave para poder organizar la sociedad de manera personalista, la cual busca configurar en su normatividad fundamental, al igual que las pretensiones; así como también, las expectativas que tienen la particularidad de formar parte de lo que se considera su objeto de este derecho, que se pueden iniciar desde considerar a las personas libres y también autónomas con el fin de elegir su forma de vida siempre y cuando no interfiera con la autonomía de las demás personas, de tal manera que se dé respetando los derechos del hombre como individualidad, y de igual manera como parte de un colectivo social a pesar de como individualidad.

La Corte colombiana sostuvo que: El derecho al desarrollo libre de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido. Por tanto, debe ser considerado un principio porque orienta, complementa y critica las normas constitucionales. (Del Moral, 2012, p. 65)

Según manifiesta Del Moral citando a la corte colombiana, conceptualiza al derecho al libre desarrollo de la personalidad como un principio el cual tiene la característica de irradiar a todos los derechos mencionados en la constitución, puesto que concede mayor fuerza al contenido de este derecho, es por esta razón que es considerado como un principio por cuanto tiene la característica de ser: Orientador, integrador y también crítico de las normas constitucionales, y no siendo un simple derecho; puesto que, tiene todo el desarrollo anteriormente señalado.

“El derecho al desarrollo libre de la personalidad proporciona el substrato necesario para que cada sujeto despliegue su individualidad, sus características singulares, teniendo como límite el derecho que tienen los otros de hacer lo mismo.” (Del Moral, 2012, p. 70)

El derecho al desarrollo libre de la personalidad, tiene la particularidad de proporcionar el substrato necesario para que cada individuo despliegue su individualidad, al



igual que sus características singulares, esto teniendo en cuenta como un límite el derecho que tienen otros individuos de hacer lo mismo que el primero, siendo que además es un derecho que tiene la particularidad de ser más un principio, que irradia derechos y los cuales se encuentran presente en la constitución.

En sentencia T-542/92 se alega que es precisamente a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad que se manifiesta el derecho de opción. Y en la decisión C-507/99 relacionada con el régimen disciplinario aplicable a las Fuerzas Militares, la Corte afirma que el libre desarrollo de la personalidad o derecho de opción "...comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social" (Del Moral, 2012, p. 78).

Del Moral, señala que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad como un derecho de opción, que se entendería como el comportamiento de la libertad de elegir; en relación a esto señala que en la sentencia T-542/92 de Colombia se alega que es precisamente, mediante este derecho al libre desarrollo de la personalidad que se manifiesta el derecho de opción, o de libertad de elegir, y en la decisión C-507/99 se encuentra relacionada con el régimen disciplinario, el cual es aplicable a las fuerzas militares, es en este caso que la Corte de Colombia señala que, el derecho de libre desarrollo de la personalidad o también llamado derecho de opción se comporta como la libertad, así como también la independencia del individuo con el fin de gobernar su propia existencia y también para diseñar un modelo de personalidad esto conforme a los dictados de su conciencia, esto con la única limitación de no causar un perjuicio social, al ejercitar este derecho.

La libertad no puede entenderse como un permiso para actuar sin contenido, una persona es libre de hacer o no hacer algo. Según el mismo tribunal, el derecho a desarrollar la libertad de la personalidad es, en general, el derecho a la libertad de acción, y es claro que este derecho puede ser ejercido por un individuo en cualquier ámbito, ya que el hombre trabaja en diferentes dimensiones: socio-política y económica, apasionado. Así, la esencia fundamental de este derecho protege la libertad de acción en general. (Del Moral, 2012, p. 90-91)

Del Moral, señala que la libertad tiene la característica de que no debe ser entendida como un permiso de actuación sin contenido, puesto que como señala el autor, se es libre para realizar algo o para no hacerlo, por una acción u omisión; es por esto que la Corte de Colombia señala que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es considerado como la libertad general de actuar, y también esta facultad puede ser ejercitada por el individuo en



cualquier ámbito, puesto que el hombre actúa en diferentes espacios, pudiendo ser estos: Social, político, económico, o también el afectivo, es partiendo de este punto que el núcleo duro, o esencial de este derecho tiene la particularidad de proteger la libertad general de acción.

Sosa Sacio, Juan Manuel “derecho al libre desarrollo de la personalidad (Comentario al Artículo 2º de la Constitución) en: La Constitución Comentada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2012 p. 79 y ss, respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad señala que nuestra Constitución reconoce lo que la dogmática constitucional denomina “derecho general de libertad”. En efecto, el artículo 2, inciso 1, al señalar el derecho de toda persona “a su libre desarrollo”, reconoce un “derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad” o el “derecho genérico de libertad”. Este derecho permite a las personas hacer todo aquello que deseen, siempre que no exista una restricción con fundamento constitucional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha expresado lo que es consensual sobre el contenido de este derecho:

“En el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 2, inc. 1 de la CP), subyace (...) el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano (...) se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales”. (Sosa Sacio, Juan Manuel 2012 p. 79 y ss.)

“La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental [al libre desenvolvimiento de la personalidad] constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento ‘constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra’. (Sosa Sacio 2012 p. 79 y ss.)

En ese mismo sentido Sosa Sacio siguiendo a Robert Alexy explico lo siguiente en relación a la libertad general de acción humana:

“La libertad general de acción es la libertad de hacer y omitir lo que se quiera. Que la libertad de hacer y omitir lo que se quiera está protegida (...) significa dos cosas. Por una



parte, a cada cual le está permitido prima facie -es decir, en caso de que no intervengan restricciones- hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva). Por otra, cada cual tiene prima facie, es decir, en la medida que no intervengan restricciones, un derecho frente al Estado a que este no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos)".

Es claro, con lo observado, que el supuesto defendido por la evolución de la libre personalidad es muy amplio e incluye cualquier acción constitucional que se quiera emprender; Además, sus potenciales limitaciones también son amplias, incorporando limitaciones basadas en los más diversos logros constitucionales.

A la luz de lo observado, el derecho a la libertad de acción o derecho al desarrollo de una personalidad libre puede entenderse como "libertad activa", porque los ámbitos de decisión y acción humana son de protección, y no se trata sólo de evitar la interferencia para "dejar hacer" (o "libertad negativa").

En otras palabras, para ilustrar la diferencia entre las dos libertades, una libertad formal o negativa en el marco de la ley puede ser una libertad ejercida, evitando la presencia de injerencias adicionales: por lo tanto, basta con evitar las restricciones para que cada cual, en la medida de sus posibilidades, en el marco de la ley, ejerza su libertad en la mayor medida posible. En cambio, el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la primacía fundamental de la libertad humana sobre las decisiones políticas; Por tanto, la ley no puede imponer restricción alguna a la libertad de acción, pero sólo puede hacerlo si concurre suficiente razón constitucional para ello. (Sosa Sacio, Juan Manuel 2012 p. 80 y ss.)

Ahora bien, es necesario realizar dos precisiones adicionales sobre los alcances de este derecho: 1) ¿en qué sentido es una libertad "general"? y 2) ¿puede tratarse de un "derecho no enumerado"?

Respecto a la primera interrogante, el libre desenvolvimiento de la personalidad es una libertad "general" en la medida a que no alude a las diferentes libertades y derechos reconocidos expresa o singularmente en el ordenamiento constitucional, sino que, más bien, se refiere a todo ámbito de libertad humana que va más allá de tales derechos y libertades.

Al respecto nuestro calificado intérprete de la constitucionalidad, siguiendo a su par alemán, ha precisado que:

"La valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.

El Tribunal Constitucional alemán, en el célebre caso Elfes, interpreta (...) que el



contenido o ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad comprende la ‘libertad de actuación humana en el sentido más amplio’, la ‘libertad de actuación en sentido completo’. Se trata, entonces, de un ‘derecho autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre’ y que no se confunde con la libertad de la actuación humana ‘para determinados ámbitos de la vida’ que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales, tal como sería el caso de las libertades de expresión, trabajo, asociación, etc.”. (Sosa Sacio 2012 p. 80 y ss.)

Además de ello, también se le considera una libertad “general” en el sentido de que ella no requiere estar encaminada a formas de “realización personal”, al “bienestar” o al “perfeccionamiento humano” para obtener protección. (Sosa Sacio 2012 p. 81 y ss.)

De otra parte, pasando a la segunda pregunta, corresponde precisar, si puede considerarse como un derecho no enumerado al libre desenvolvimiento de la personalidad, como lo señala el Tribunal Constitucional en alguna ocasión.

Con respecto, el colegiado argumenta que el derecho general a la libertad o al libre desarrollo de la personalidad no puede desligarse del artículo 2, inciso 1, de la Constitución, porque se refiere al derecho como "desarrollo libre y bienestar" y no al "libre desenvolviendo" de la personalidad; En este sentido, sería libertad dirigida a un fin (el desarrollo, el bienestar) más que libertad general. Sosa Sacio Juan Manuel “derecho al libre desarrollo de la personalidad, (Comentario al Artículo 2º de la Constitución) en: La Constitución Comenta dada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2012 p. 81 y ss.

En esa misma línea Sosa Sacio, señala que la interpretación antes mencionada debe desestimarse; principalmente, porque:

1. En todos los casos, una decisión (política) importante, como establecer un límite entre la libertad humana y el poder, debe ser una decisión del creador de la constitución, no la invención (interpretación) de los jueces constitucionales. Si la Corte Constitucional encuentra que la Constitución no reconoce las libertades públicas y en cambio ha optado por un modelo restrictivo (o dirigido) de la libertad de acción (como se dijo), la Corte no debe ser prepotente con la posición del colono y modificar la "Cláusula de Cierre". "de las libertades.

2. Al existir un “derecho general de libertad” no es una regla que derive directa e indiscutiblemente del principio de la dignidad humana (como exige el artículo 3 de la Constitución para el reconocimiento de nuevos derechos). Al respecto, se debe de tener en cuenta que, en los ordenamientos constitucionales en los que no exista un derecho a desarrollarse libremente (como sucede en España y en varios países), los derechos



fundamentales – estén protegidos o no- merecen siempre un reconocimiento especial y no están sujetos a ninguna autoridad pública o privada por tanto el respeto y la dignidad de la persona humana, sus precios están garantizados

3. No se incluye la cláusula de derechos como fuente secundaria de reconocimiento de los nuevos ámbitos esencialmente, y en el caso de la libertad de acción en general, no es necesario, ya que se puede dar una correcta interpretación para anexarla a la declaración constitucional. reconociendo el derecho al desarrollo librey feliz (art. 2, inc. 1 de la Constitución). Al respecto, se debe de tomar en cuenta que el “libre” desarrollo y bienestar son, precisamente, libertades; eso significa que, si “el propio desarrollo y bienestar son libres, a cada quien corresponde determinar cómo ejercer su libertad en el marco de lo constitucionalmente permitido; es decir, sin transgredir otros bienes constitucionales”. En otras palabras, cabe una interpretación de esta cláusula como libertad no encaminada a un fin predeterminado u obligatorio (y, por ello, era innecesario “crear” un nuevo derecho fundamental).

4. Por último, el derecho al libre desarrollo no cumple con los criterios que debe tenerse en cuenta en uso de los derechos no incluidos en la cláusula, a saber: esencialidad, normativa específica y compatibilidad con el orden constitucional.

En esa misma línea nuestro doctrinario Sosa Sacio Juan Manuel “derecho al libre desarrollo de la personalidad (Comentario al Artículo 2º de la Constitución) en: La Constitución Comentada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2012 p. 83 y ss reconoce que el Tribunal Constitucional -haciendo suyos los planteamientos antes anotados confirmaron después que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho expresamente reconocido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución. Al respecto, señaló que:

“Aunque en anterior jurisprudencia este Tribunal ha sostenido que este [el derecho al libre desarrollo] es un derecho innominado y que, consecuentemente, encontraría su fundamento en el artículo 3º de la Constitución (cfr. STC N° 0007-2006-PI, f. j. 47), analizadas con mayor detenimiento las cosas, la manifiesta indeterminación de esta cláusula, aconseja a la jurisdicción constitucional -en razón de su carencia de legitimidad democrática directa - a no acudir a ella, a menos que el derecho fundamental cuya esencialidad ética es indiscutida y que es necesario proteger, no derive razonablemente de la semántica de los derechos expresamente enumerados por la Norma Fundamental. Y es que, si es posible establecer esta razonable relación, la interpretación constitucional que da cuenta de la existencia jurídica del respectivo derecho fundamental, gozará, además, de un mayor margen de legitimidad democrática al encontrar como fuente directa la expresa mención de un



derecho por parte del Poder Constituyente en la Norma Fundamental”.

Finalmente, cabe señalar que la Corte Constitucional consideró algunos ámbitos de la libertad humana en el contexto del libre desarrollo de la personalidad. Entre ellos: autodeterminación reproductiva, decisiones maternas, desempeño laboral y desarrollo profesional, sexo y relaciones sexuales, ocio y comportamiento recreativo, matrimonio, amor y sexo, pintar casas gratis y fumar cigarrillos.

Como puede apreciarse, todas estas manifestaciones de libertad se refieren a decisiones o acciones concretas, pero no a condiciones materiales para que tales elecciones o realizaciones sean posibles. A esto se refiere más bien el siguiente derecho por analizar: el derecho al bienestar Sosa Sacio Juan Manuel “derecho al libre desarrollo de la personalidad (Comentario al Artículo 2º de la Constitución) en: La Constitución Comentada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2012 p. 83 y ss.

### **2.2.3. Proyecto de vida**

Por lo tanto, el proyecto se basa en la libertad del hombre y del tiempo. Si no se trata de un ser libre y temporal, entonces no tiene sentido hablar de un "proyecto de vida". Pero, al mismo tiempo, por ser gratuito y temporal, es necesariamente esperado. Vives por proyección y brillas una luz sobre ti mismo viviendo una vida temporal de libertad. El hombre, como ser libre y temporal, no puede dejar de proyectarse. La proyección es una forma de vida humana libre y temporal. (Fernández, 1996, p. 52).

Un proyecto de vida, viene a ser la libre disposición de una forma de vivir de cada ser humano, este proyecto tiene la calidad de provisional y momentáneo, dada que esa es la naturaleza de la vida humana misma, puesto que a cada ser le es imposible controlar de forma plena su quehacer futuro, aunque ello no le impide planear lo mejor posible. El proyectarse un posible rumbo de su vida, así como prever sus decisiones y los efectos que conlleven estos, conforma parte del derecho a la libertad del ser humano, así como su desarrollo como persona.

Como muy bien se prescribe en el artículo 1549 del Proyecto de Reforma del Código Civil argentino, formulado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, "la violación del deber de no dañar" genera a estar obligado a reparar el daño causado de conformidad con las disposiciones de la ley. A nuestro juicio, es un acierto legislativo reafirmar que todo ser humano tiene no sólo derechos, como sostiene el individualismo agravado, sino también, además de muchos significados, un deber que deriva de cada uno de sus derechos, una obligación general de "hacer ningún daño". Esta simple declaración será suficiente, sobre



esta base, para que los jueces defiendan cualquier tipo de daño que una persona pueda causar a su persona, propiedad o sociedad. Las obligaciones tampoco justifican la existencia general o las dimensiones conexas de los derechos. (Fernández, 1996, p. 51)

Fernández señala, citando la reforma hecha al Código civil argentino que, existe un derecho global que es el de no dañar, a partir del cual se protegerían otros derechos, ellos con dos finalidades, la primera que viene a ser preventiva, garantizar la no vulneración de prerrogativas, y la segunda que viene a concretarse de forma posterior, cuando ya ha existido un daño, y se busca reparar dicha afectación. En la finalidad preventiva como su nombre mismo indica, es de prever vulneraciones que puedan suscitar de ciertas acciones que se dirijan a la persona, en la segunda finalidad se manifiesta cuando la primera no cumple su función siendo necesario reparar el daño suscitado. Es de esta manera que el proyecto de vida se conforma como parte esencial de la persona al momento de desarrollarse, velando su condición como ser humano, enmarcándose en el área del derecho a la libertad.

#### **2.2.4. Libertad personal**

En un muy interesante planteo, el Tribunal sostuvo que, pretende regular el ejercicio de este derecho sería una tarea inacabable, por las múltiples formas en las que la libertad física puede expresarse, entonces lo que sí es regulable son los límites o restricciones que el Estado puede legítimamente imponer. “Los derechos constitucionales de libertad individual y conexos pueden ser agredidos al menos según las dos siguientes modalidades: por amenaza de violación y por violación efectiva del derecho. Si esto es así, y el hábeas corpus está pensado como un mecanismo de protección de los referidos derechos constitucionales, entonces no cabe más que admitir que este proceso constitucional debe proceder tanto para los casos de amenaza como de violación efectiva del derecho constitucional”. (Castillo-Córdova, 2005)

Entonces, ante la defensa del derecho a la libertad o derechos conexos a ella, se invoca el habeas corpus. Se hará sin perjuicio que la propia agresión se enmarque como una amenaza de violación o violación efectiva, sin perjuicio que la amenaza de violación o violación efectiva de la libertad se haya hecho por acción u omisión. Este derecho, de importancia evidente para el ser humano se encuentra consagrado en diferentes normatividades, siendo la más relevante de estas en la Convención Americana sobre Derechos humanos, protegiendo diferentes puntos de este derecho que pueden ser vulnerados, aludiéndose con este derecho a la libertad física de la persona que da origen a diferentes figuras jurídicas en general; ajustando nuestra investigación al presente, se



observa de manera palmaria que con el hecho de no darle la posibilidad de salir del ejército de una manera voluntaria por la sola manifestación de la persona vulnera la libertad personal.

Así el profesor Sosa Sacio Juan Manuel “derecho al libre desarrollo de la personalidad (Comentario al Artículo 2º de la Constitución) en: La Constitución Comentada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2012, ha señalado respecto a las nociones de la libertad ha señalado que actualmente, la libertad es un rasgo indispensable de la existencia humana. Varios conceptos filosóficos y teoría política reflejan esto. Solo para referirme a los diseños de gran calado en el siglo XX, mencionaremos que el liberalismo lo convierte tanto en el bien máspreciado del hombre, que incluso define la naturaleza humana; El existencialismo lo considera una condena real, de la cual el hombre no puede escapar y debe asumir la angustia y la responsabilidad; Y el socialismo lo considera como la condición a la que aspiramos, y que podemos lograr solo después de que nos libremos de las limitaciones materiales que esclavizan a la humanidad. Por tanto, desde muy diversos ángulos, el hombre es o debe ser libre. Todo esto subraya la importancia y centralidad de la libertad, pero también muestra que existen conceptos muy diferentes de la misma.

Nombrando a Isaiah Berlín señala que este explicitó, en un ensayo conocido, la existencia de dos conceptos básicos y fundamentales de libertad; un denominada “libertad negativa”, lo que significa que no hay interferencia ni obstaculización; es decir, “el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros”; y la “libertad positiva”, referida al “deseo por parte del individuo de ser su propio dueño”, librado “de fuerzas exteriores”. Así de tal manera la libertad positiva significa “autodominio” y no necesariamente es “no interferencia”, como la libertad negativa.

Siguiendo al mismo profesor Berlín quien critica la idea de la libertad positiva, afirmando que rechaza las decisiones racionales o intencionales en favor de lo que llama "buenas decisiones" basadas en la motivación, la voluntad y el deseo. Sin embargo, explica que las metas u objetivos de la sociedad son cosas vinculantes que contienen ideas opresivas sobre la "verdad" o el "derecho" de un individuo a la libertad humana. Sin embargo, el profesor de Oxford sigue insistiendo en que la libertad de ser protegido es un negativo, como lo es la ausencia de interferencia. La visión de la autonomía individual como libertad negativa que dio forma a la discusión por venir, todavía está impresa en gran parte del liberalismo del siglo XX, así como su asociación con la defensa de los derechos humanos, la libertad económica y las teorías de la elección racional. De hecho, este concepto de libertad fue promovido como alternativa al fascismo y al comunismo, y guio reformas económicas, políticas y administrativas en países que surgieron de dictaduras de todo tipo.



Seguidamente Sosa Sacio refiere que lo señalado anteriormente, de forma mas cercana a la libertad viene siendo concebida también como “no opresión” (v. gr. Philip Pettit, Quentin Skinner “libertad real” (Philippe Van Parijs) o “desarrollo de capacidades” (Amartya Sen o Martha Nussbaum). Desde nuestro punto de vista, estas ideas de libertad son mejores que las simples ideas de "individualismo" (o "soberanía") porque son completasy comprensivas; Describen mejor las necesidades y los deseos de las personas; Promueven la libertad real (potencial), no solo la formalidad, e incluyen la importancia de la igualdad; y permite a una persona superar sus sentimientos personales y políticos. Así, la libertad deja de ser entendida como libertad individual frente a la autoridad y puede ser vista como la oportunidad de cada uno de conocer su historia personal y colectiva.

Lo anterior, que parece ser solo una teoría, en realidad tiene un significado práctico, como explicaremos en la siguiente sección. Estos diferentes tipos de libertad están consagrados en nuestra constitución y están directamente relacionados con los derechos de libertad. El tema de este comentario. Como constataremos, destacar las diferencias anteriores nos ayudará a ser más conscientes de los tipos de libertades garantizadas por la constitución.

En esa misma línea siguiendo al profesor Sosa Sacio Juan Manuel “derecho al libre desarrollo de la personalidad (Comentario al Artículo 2º de la Constitución) en: La Constitución Comentada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2012 señala que la libertad es un pilar esencial del constitucionalismo. Además, los orígenes del constitucionalismo son esencialmente una forma de liberalismo: el arte de controlar el poder y maximizar la libertad individual. Al mismo tiempo, dado que el neo constitucionalismo dominante ahora es liberal, afirma que la mayoría de las principales enseñanzas constitucionalistas son una forma de "nuevo constitucionalismo liberal".

La doctrina del Derecho Constitucional también considera la libertad como un valor superior, un principio constitucional y, sobre todo, un rasgo fundamental del ordenamiento jurídico. Reconociendo esto, y dadas las distintas acepciones de libertad y sus distintas expresiones reconocidas en la Constitución, es necesario distinguir entre dos tipos de libertades: las libertades esenciales o fundamentales y los llamados derechos de libertad. Con referencia de lo primero, en nuestra Constitución se reconoce tres modelos básicos o de acción a) la libertad real o b) sustantiva.

En términos de libertad jurídica, corresponde al concepto de libertad negativa de Isaiah Berlin. En este sentido, significa libremente hacer algo o no hacer algo. Tal libertad es negativa porque no se refiere a ninguna acción particular; Más bien, enfatiza la ausencia de mecanismos coercitivos para que una persona pueda o no pueda realizar una acción



(conducta u otra actividad). En la práctica. Su contenido se ha visto significativamente reducido por la adopción de normas (leyes) para eliminar los obstáculos a la **libertad de acción**. Sosa Sácio Juan Manuel “Libertad de Desarrollo Personal (Comentario al artículo 2° de la Constitución) en: Comentario a la Constitución Tomo I, Revista de Derecho, Lima 2012.

Una regla que expresa expresamente esta libertad está estipulada en el artículo 2, inciso 24, es decir, de la Constitución, que dice: "Nadie está obligado a hacer lo que no está previsto o prohibido por la ley. Está prohibido hacer lo que no está prohibido". por la ley..." Sentencia de que la intervención pública (o privada) no es posible sin el apoyo de la ley; Sin embargo, no protege las acciones específicas que deciden proceder, ni establece las condiciones físicas necesarias para que una persona se convierta en algo o logre un proyecto.

Por otro lado, tenemos libertad activa, o mejor aún, libertad de acción en general. Protege el ejercicio de la libertad humana en sentido amplio, y protege todo lo que el hombre quiera hacer, ámbito que sólo puede ser restringido si hay causa suficiente, origen constitucional, y si es por las medidas adecuadas.

Como podemos ver, esta libertad se refiere no sólo a la eliminación de obstáculos, sino también a la seguridad positiva de las áreas de libertad. De hecho, no sólo busca evitar obstáculos, sino promover y proteger las acciones realizadas, así como las decisiones tomadas libremente, siempre que se ajusten al orden constitucional.

Esta libertad de acción conjunta se reconoce constitucionalmente con el derecho a desarrollar o desarrollar una personalidad libre, según lo previsto en el artículo 2, inciso 1 de las Reglas Básicas.

Para finalizar, tenemos la libertad real o grande, que asegura que las personas sean verdaderamente independientes, que puedan elegir y llevar a cabo sus propios proyectos de vida. Esta libertad, entonces, significa la satisfacción de necesidades básicas que permitan una vida digna, libre de dependencias u opresiones humillantes. Requiere enfatizar las habilidades especiales de los individuos, así como los logros que pueden alcanzar. Desde este punto de vista, la libertad exige no sólo el respeto al Estado o el respeto a las decisiones individuales, sino también el pleno desarrollo de las capacidades de cada uno, para que podamos hacer libertad. (Sosa Sacio Juan Manuel, 2012 Pg. 77.)

Nuestra Constitución también acoge este concepto de libertad, por ejemplo, respetando el derecho a la felicidad consagrado en el artículo 2, párrafo 1 de la Carta. En esta línea, encontramos el artículo 44 de la Constitución, que establece que la obligación primordial del Estado -junto con los demás Estados- es garantizar el pleno respeto de los



derechos humanos y la promoción del interés público. Asimismo, el artículo 59 obliga al Estado a brindar oportunidades de mejora en áreas propensas a la desigualdad.

Finalmente, estas libertades básicas (formales, operativas y reales) se suman a las libertades. Estas son las encarnaciones de las libertades de negación descritas anteriormente y consagradas en los textos constitucionales. Puede incluir, por ejemplo, la libertad de movimiento, expresión, asociación o pensamiento.

Los derechos que vamos a analizar (el libre desarrollo de la personalidad y la felicidad) son esencialmente libertades constitucionales: libertad de acción y libertad intrínseca. Sosa Sacio Juan Manuel “derecho al libre desarrollo de la personalidad (Comentario al Artículo 2º de la Constitución) en: La Constitución Comentada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2012 pg. 78.

### **2.2.5. El derecho al bienestar**

Importante también es abordar y desarrollar este importante derecho constitucionalmente protegido y Este es el segundo derecho consagrado en la última parte de la primera oración del artículo 2, párrafo 1 de la Constitución. Este derecho trata de un concepto decididamente complejo: el de bienestar.

Así Sosa Sacio 2012 p. 84 y ss. señala que el bienestar, de modo inmediato, alude a la posibilidad de sentirse y estar bien y siguiendo a Kresalja señala que “[se trata de un concepto amplio (...) que supone que el ciudadano/ persona posea todo aquello que le permita sentirse bien”. De igual forma nombrando a Fernández Sessarego refiere que éste considera que “la noción de bienestar es de una extensión tal que supone poseer todo aquello que permita a la persona lograr un estado o sensación que se puede definir como el de sentirse bien. Solo poseyendo este estado de bienestar podría decirse que la persona se encontraría en las mejores condiciones para cumplir con su proyecto de vida, así como contribuir con su trabajo y otras actividades al bien común”.

Debido a la amplitud prima facie de esta noción, es necesario dar más luces sobre su significado y contenido. En este sentido, en ciertos aspectos, la felicidad se utiliza para referirse a ideas sobre la felicidad o la mejora humana. Con respecto al primero, varios textos y documentos constitucionales importantes han descrito la "realización de la felicidad" como un derecho fundamental. Asimismo, Para el mejoramiento humano, esto se refiere a formas de auto mejoramiento dirigidas hacia fines valiosos, a menudo relacionados con la naturaleza humana o demandas intrínsecas (o divinas) de justicia. Si bien ambos conceptos tienen cierta relevancia, también pueden ser debidamente criticados: la “realización de la felicidad” por



su exceso primordialmente subjetivo y psicológico, y la “mejora de la “creación del hombre” para referirse a cuestiones metafísicas o trascendentales, cuyo contenido y valor , Sería difícil, si no imposible, ponerse de acuerdo. Por ello, exploraremos otros significados, más sutiles o más conceptuales.

Por ejemplo, la Corte Constitucional, de mejor manera, enfatizó la estrecha relación entre la felicidad individual y la idea de una 'buena vida'. De hecho, el colegiado dijo:

“El artículo 2, inciso 1 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la vida y al bienestar de la persona humana. A partir de una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, debe precisarse que la Constitución no protege el derecho a la vida de las personas bajo cualquier circunstancia o condición, sino que garantiza a ellas el derecho a la vida con dignidad; para ello, el Estado debe promover las condiciones materiales mínimas a fin de que las personas tengan una vida digna que permita la realización de su bienestar. De ahí que uno de los deberes esenciales del Estado social y democrático de Derecho sea que los derechos fundamentales tengan vigencia real, confiriéndoles, para ello, una base y un contenido material mínimo”. Sosa Sacio Juan Manuel “derecho al libre desarrollo de la personalidad (Comentario al Artículo 2º de la Constitución) en: La Constitución Comentada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2012 p. 85 y ss.

Según esta visión, la felicidad es la capacidad de disfrutar de un nivel de vida digno, en el que debe garantizarse un nivel mínimo de satisfacción para todos; Por supuesto, esto requiere un compromiso intransigente por parte del poder público e incluso social con el ejercicio de la verdadera libertad humana. (Sosa Sacio 2012 p. 85)

Continuando con el mismo criterio nuestro doctrinario señala que desde una perspectiva similar consideraremos - con Amartya Sen - que la felicidad de una persona depende de la calidad de su vida y, mejor aún, de lo que una persona puede y hace (actividad) realmente hacer, y considera valioso. En este sentido, la felicidad depende de la capacidad de una persona para realizar esas funciones y, por lo tanto, estas habilidades son esencialmente "oportunidades realistas para la felicidad".

La competencia, sin embargo, no significa la imposición o elección del hombre sobre un organismo o tarea en particular, sino que constituye "un conjunto de oportunidades (a menudo interrelacionadas) para la selección". Así, el conjunto de capacidades constituye la "verdadera libertad" del individuo. Al poseer tal habilidad, cada individuo decidirá si busca o no su propia felicidad. En este arreglo de ideas, el contenido del derecho se refiere a que existen, al menos, capacidades centrales o básicas, que son las más fundamentales, que permiten a las personas elegir por su propio bienestar. Sin ellos, no habría felicidad. (Sosa



Sacio Lima 2012 p. 85.)

Sosa Sacio señala ¿cuáles serían estas capacidades? Y, haciendo suyo las diez capacidades centrales que propone Martha Nussbaum, a efectos de que una vida sea considerada como digna hace la siguiente numeración:

1. Vida. Lograr vivir el tiempo que transcurre hasta finalizar la vida humana de una duración normal; no morir prematuramente o antes de que la propia vida de uno se vista tan reducida que no merezca la pena vivirla.
2. Salud física. Es lograr sostener una buena salud, donde se incluya la salud reproductiva; recibir una alimentación saludable y adecuada; contar con un adecuado y digno lugar en donde vivir.
3. Integridad física. Es el poder movilizarse de un lugar a otro; protección contra los ataques violentos, incluida la agresión sexual y la violencia doméstica; Oportunidad de gratificación sexual y elección reproductiva
4. Sentidos, la imaginación y el pensamiento. Los sentidos, la imaginación, las ideas, el pensamiento y la implementación se pueden usar de una manera "humana real", un sistema que se forma y agrícola. Poder usar la imaginación y pensar en la experiencia, la producción religiosa, la literatura, la música, las obras y comportamientos similares, dependiendo de la elección. La capacidad de ejercer la razón en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión política y artística y la libertad de practicar la religión. Puedes tener experiencias placenteras y evitar dolores innecesarios
5. Emociones. Puede sentirse conectado con cosas y personas fuera de sí mismo y de sí mismo; Poder amar a quien nos aman y cuidan y lloran su ausencia; de forma general, puedes amar, puedes llorar, puedes sentir anhelo, gratitud, justa indignación. Que nuestro desarrollo emocional no se vea empañado por el miedo y la ansiedad. (Mantener esta habilidad significa proteger una forma de conexión humana que puede ser crucial para su desarrollo).
6. Razón práctica. Ser capaz de conceptualizar el bien y pensar críticamente sobre la planificación de la propia vida. (Esta capacidad significa defender la libertad de conciencia y de práctica religiosa).
7. Afiliación: a) la capacidad de poder vivir con y para los demás, ser consciente de los demás, mostrar preocupación por ellos y tener participación en diversas formas de interacción sociales; Puedes imaginar cualquiera de las dos situaciones. (Proteger esta capacidad significa proteger las instituciones que encuentran y fomentan tales formas de



afiliación, así como proteger la libertad de reunión y de expresión política.) b) No humillarse, tener las bases sociales necesarias para respetarse a sí mismo. Somos tratados como seres dignos con el mismo valor que los demás. Esto significa introducir disposiciones para combatir la discriminación por motivos de raza, género, orientación sexual, etnia, casta, religión y origen nacional.

8. Otras especies. Lograr, existir en una relación de proximidad y manera respetuosa con los animales, las plantas y el mundo natural.

9. Juego. Podernos reír, realizar actividades de juego y poder disfrutar de otras actividades recreativas.

10. Control de nuestro propio entorno: a) Político. Poder tener una participación efectivamente en las decisiones políticas que rigen en nuestras vidas; poseer el derecho a participar en el ámbito político y así mismo de proteger la libertad de expresión y de asociación, b) Material. Tener la capacidad de poseer bienes (tanto muebles como inmuebles), y patentizar el derecho la propiedad igualitaria en las mismas condiciones con las demás personas; estar protegido con el derecho a buscar un trabajo en un plano de igualdad con los demás; estar avalados de forma legal frente a registros y detenciones que no presenten una autorización judicial adecuada. En el ámbito laboral, lograr ser capaces de laborar como seres humanos, poniendo en práctica el ejercicio de la razón y manteniendo relaciones positivas y valiosas mutuamente reconocidas con otros trabajadores”.

Como podrá apreciarse, esta no es una lista de derechos, sino de capacidades humanas a partir de las cuales podría considerarse una existencia digna y, a partir de ello, cada persona decidir si realizar estas capacidades y procurarse bienestar. Estas, claro está, no aluden solo a un ámbito corporal o de sobrevivencia material, sino a condiciones básicas también desde una perspectiva afectiva, síquica, social.

Ahora bien, la lista propuesta podría parecer en exceso pretenciosa y, por lo mismo, imposible de realizar o exigir. Nosotros no estamos de acuerdo con una objeción de este tipo. Primero, porque la mayoría de estas capacidades ya están actualmente protegidas por derechos fundamentales concretos. Segundo, porque al tratarse de capacidades realmente básicas para que una vida sea dignamente vivida, debería verse en esta lista una oportunidad para repensar los fundamentos, el contenido, los alcances y sobre todo las prioridades en materia de derechos fundamentales (y de políticas públicas, claro está). Sosa Sacio Juan Manuel “derecho al libre desarrollo de la personalidad (Comentario al Artículo 2º de la Constitución) en: La Constitución Comentada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2012 p. 87 ss.



Señalado todo esto, considera nuestro destacado doctrinario que todavía es necesario aclarar más algunas precisas sobre el alcance del derecho a las prestaciones:

1. **El derecho al bienestar tiene una dimensión prestacional.**

En la medida en que la felicidad humana implica la posesión de estas capacidades básicas, requiere la satisfacción y protección de las necesidades y libertades básicas, que son en primer lugar responsabilidad de la autoridad pública. Esto ciertamente incluye los deberes de aplicación del Estado, la promulgación de leyes y la implementación de políticas públicas.

En efecto, se ha explicitado que “la faceta del bienestar puede ser especialmente importante en algunos contextos específicos, por ejemplo, al hacer provisiones públicas para la seguridad social o al planificar la satisfacción de necesidades básicas. Al juzgar lo que una persona puede esperar de las estructuras sociales, las exigencias de bienestar (...) pueden ser de gran importancia”. Efectivamente, las expectativas de felicidad de las personas le permiten al Estado ver con mayor claridad qué problemas merecen ser afectados de cierta manera. (Satisfacción de necesidades, desarrollo de capacidades).

Además, se ha observado que la noción común de tratar las prestaciones sociales como un simple desembolso (gasto social) es confusa y entenderla más que como una inversión (inversión social). Como ha indicado acertadamente nuestro Tribunal Constitucional: “Es importante que la ejecución presupuestal en las políticas sociales deje de ser vista como un mero gasto y se piense, más bien, en los términos de una inversión social en aras del cumplimiento de un fin comunitario”; esto, teniendo en cuenta que “únicamente cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y, por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose, de este modo, un mayor desarrollo como país”. (Sosa Sacio, 2012 p. 89 y ss)

Asimismo, desde el Estado, también es necesario asegurarse de que las personas no limiten la salud de los demás. Como indicamos anteriormente, si comenzamos desde un concepto gratuito para "no denominación" (y no como un simple "dejar de hacer" o "ausencia de interferencias") esto implica que en la comunidad política otro no pueda denominar; más sabiendo que; quien tenga la capacidad de hacerlo, debe garantizarse frente a las instituciones. (Sosa Sacio 2012 p. 89.)



**1. El derecho al bienestar es una libertad: la libertad de bienestar.**

Ahora bien, lo anterior -la dimensión benéfica del bienestar - no significa que el Estado pueda imponer el bienestar o quizás un modelo obligatorio de bienestar para todos. Como hemos subrayado, lo compatible con el Estado es posibilitar la creación de la capacidad suficiente para que las personas puedan desempeñar las funciones para las que están diseñadas. En este sentido, lo que se garantiza con el derecho al bienestar es, en realidad, una “libertad de bienestar”; es decir, la posibilidad de conseguir bienestar. (Sosa Sacio, 2012, p. 88.)

Como se señaló anteriormente, el derecho a enriquecerse puede verse como un dominio de "verdadera libertad". Tener esta libertad, por supuesto, permitiría a las personas elegir lo que más les convenga; Pero no solo: permite claramente todas las formas de libertad humana (libertad de acción), incluso en una dirección contraria a nuestro bienestar. (Sosa Sacio, 2012, p. 89.)

Pero a este respecto la contradicción es clara (que el "derecho a ser feliz" incluye la capacidad de buscar lo contrario); De hecho, este enfoque es requerido por el principio de la ley de la dignidad humana. En efecto, el respeto a la dignidad de cada persona (entendida como autonomía moral, la incapacidad de gozar de ella) implica la prohibición de manipulaciones externas y la imposición de lo que es “mejor” para ella. (Sosa Sacio 2012, p. 89.)

Recuerda que el Estado, a pesar de sus visiones de "vida buena", y "desarrollo" -y que en función de ellas (y de conceptos similares) se derivan políticas públicas- no puede imponerlas, aunque esto se tenga en cuenta, las personas pueden tomar decisiones irracionales o equivocadas (e incluso hacerse daño). Señaló que nuestra Corte Constitucional lo dejó muy claro:

“A menos que pueda resultar de manera manifiesta afectado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de terceras personas, no cabe que el Estado limite la libertad de elección y acción de las personas, con el objetivo de lograr su propio bienestar, bajo el argumento de una supuesta formación y ejecución irracional de la voluntad. Dicha limitación constituiría una seria afectación a la autonomía moral del ser humano, subrogando el Estado su propio criterio acerca de la racionalidad al criterio que el ser humano debe ser libre de forjar y ejecutar al amparo de la construcción de su propio plan de vida.

La persona humana debe gozar del mayor grado de libertad posible en la construcción y ejecución de su propio proyecto de vida y de la satisfacción de sus propios intereses, aun



cuando estos puedan resultar irracionales para una amplia mayoría social, pues incluso el error propio (cometido a veces a expensas de altos costos personales, tanto materiales como espirituales), es fundamental para la maduración de las ideas y de las acciones futuras, cuyo libre flujo es de singular importancia en el ámbito de una sociedad democrática. Por ello, con razón se ha mencionado que en el Estado Constitucional es esencial el reconocimiento del derecho ‘a equivocarse’ (...)”<sup>1</sup>.

## 2. El bienestar también tiene alcances objetivos: el “bienestar general”.

Al respecto Sosa Sacio, 2012, p. 90 señala que en el artículo 22 se señala que el trabajo es base del “bienestar social”; por su lado, el artículo 44 dice que un deber esencial del Estado es propiciar el “bienestar general” justificándose en la justicia y en el desarrollo nacional. Con lo indicado, El bienestar no solo se presenta como un adjetivo individual, sino que también puede entenderse en un sentido colectivo o nacional. Sin embargo, incluso en esta hipótesis, hay que tener en cuenta que la felicidad en general, que más o menos directamente se refiere a la felicidad humana (el desarrollo de las capacidades humanas), evita conceptos que valora. Únicamente con fines estadísticos o económicos, desfigurar o desfigurar que significa "estar sano", "desarrollar habilidades útiles" o de "llevar una vida digna", etc.

Por otro lado, nuestro Tribunal Constitucional ha enfatizado como objetivo del bienestar al carácter y este como un principio o valor constitucional (y no solo como derecho); es decir, entendido como bienestar general. Esto ha sido evidenciado, por ejemplo, al pronunciarse frente a las labores de los funcionarios públicos, salvaguardar el ambiente y el pleno desarrollo de las generaciones futuras, como garantía social la fundamentación de las penas, el respaldo material (económico) que requiere el sistema democrático, el rol del Estado en general y a su carácter social, en especial, entre otros supuestos.

Así Sosa Sacio, 2012, p. 90 señala que se le ha otorgado un valor especial al bienestar humano al momento de sopesar (ponderar) bienes constitucionales. En efecto, de manera similar a como se emplea el criterio interpretativo pro hómine, el colegiado constitucional ha explicado que debe preferirse la protección del “bienestar general” y la “preservación de la especie humana” frente a expectativas puramente lucrativas de los individuos:

Sosa Sacio, 2012, p. 91 señala que “El Constituyente, al establecer en el artículo 1 de la Constitución Política, que: ‘La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’, ha dejado un mensaje claro para las

---

(<sup>1</sup>) STC Exp. N° 00032-2010-AI/TC, ff. jj 45-46.



generaciones futuras; por ello, tanto el Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies, como ya se ha dicho”.<sup>2</sup>

### 2.2.6 Libertad de trabajo

La Constitución garantiza el derecho a elegir, siempre que sea lícito, sobre cualquier actividad de carácter intelectual y/o físico que tenga por objeto, directa o indirectamente, obtener una ventaja material o moral; Este atributo extiende el poder y luego modifica o detiene dicha acción. (Exp. 0008-2003-AI/TC, 2003, párr. 26)

Según desarrolla el Tribunal Constitucional dentro de la sentencia de numero 0008-2003-AI/TC, manifiesta que la constitución tiene la característica de asegurar el derecho de optar, lo que se entendería a elegir, esto a condición de que esta sea lícita, por alguna actividad que pueda ser tanto de carácter físico o también intelectual, que tiene por fin directo o de igual manera indirecto el de obtener un provecho material o espiritual, siendo este atributo, poseedor de una extensión a la potestad de posteriormente variar o para dicha actividad que realiza.

La libertad de trabajo es el derecho a decidir para quién y en qué campo quieres trabajar. La libertad de trabajo significa que las personas físicas y jurídicas no interfieren en la toma de decisiones sobre el trabajo. (Paredes Infanzón, 2010, p. 26)

Según señala Paredes, la libertad de trabajo es conceptuado como aquel derecho que tiene toda persona, en la acción de decidir si trabaja o también el no hacerlo, en que actividades y también para quien trabaja o para quien no, siendo en tal sentido que la libertad de trabajo conlleva a que no haya interferencias de ninguna persona natural o también de ninguna persona jurídica, para así poder asumir una decisión el trabajador sobre si realizará la actividad o no.

En ese mismo sentido tenemos lo que establece nuestra Constitución Política del Estado cuando señala “(...) Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”. Sobre el particular debemos tener presente lo que nos informa

---

(<sup>2</sup>) STC Exp. N° 00048-2004-AI/TC,f.j.37.



Jorge Luis León Vásquez: “El derecho de todas las personas a acceder a cargos públicos representativos ha sido consagrado por la Constitución de 1993 en su artículo 31. El contenido esencial del mismo estriba” Igualdad de acceso a los empleos gubernamentales y embajadas, libre de injerencias ilícitas y libre rescisión del empleo mediante la acción voluntaria del elegido. En consecuencia, puede considerarse que el derecho a rechazar el estatus de representante del gobierno pasa a formar parte del derecho a ingresar en él. (León Vásquez, Jorge Luis. La Constitución Comentada. Gaceta Jurídica. Lima 2005. Tomo II. Pag. 107.)

En esa línea de razonamiento creemos que el hecho de que el ejército no permita la salida de los reclutas a solicitud obliga tácitamente a cumplir los dos años de servicio, conduciéndolos a salir de manera irregular de las filas militares, pues entendemos que en un Estado Constitucional de Derecho los derechos de decisión de las personas deben ser respetados, y no se puede obligar a una persona a realizar una actividad que por conciencia no puede realizarla, incurrir en una obligación al personal reclutas es una clara vulneración de los derechos fundamentales de estas personas.

### **2.2.7 Igualdad**

En Rawls (2000), la igualdad de derechos puede ser una garantía constitucional basada en el mecanismo de creación de una "sociedad ordenada"; Este enfoque enfatiza el pensamiento y el razonamiento. Esto es sabiduría, porque cada uno está dispuesto a decidir por sí mismo, para que pueda apostar sabiamente por sus intereses; La conciencia depende de la capacidad de una persona para controlar su comportamiento y comunicar sus decisiones a los demás, dando al acto un significado político. (Villegas & Toro, 2010, p. 101)

Villegas junto a Toro citando a Rawls, señalan que la igualdad es considerada como una garantía constitucional la cual es lograda con base en un procedimiento, a través del cual, se configura según señala el autor en una sociedad bien ordenada, siendo que el procedimiento enfatiza en la deliberación racional así como también en lo razonable, el primero que es lo racional, en vista de que cada individuo acude a su auto comprensión por motivo de apostarle a sus propios intereses de forma inteligente así como razonable, al igual que por la capacidad propia de cada persona de regular la conducta personal y así someter sus juicios a la discusión con otros, lo que el autor señala que le aporta el sentido político al proceso en sí.

En Sen (1979) citado por Villegas & Toro, la preocupación por la desigualdad social de base económica; Por lo tanto, la satisfacción más alta posible se ve como la meta de la



sociedad, no solo una "buena y piadosa". El progreso hacia la igualdad social comienza con garantizar que las personas estén empoderadas y empoderados; Los libera. (Villegas & Toro, 2010, p. 101)

Según Villegas junto a Toro citando a Sen, también muestran que los fundamentos de la economía se basan en la desigualdad social, y que los medios que brindan la mayor satisfacción se consideran el mejor fin, en cierto modo el fin divino, que la sociedad debe perseguir. Después de asegurar el desarrollo básico de las capacidades humanas, el progreso social puede construirse en torno a la igualdad de unos pocos para ampliar sus oportunidades y así liberarlos.

La igualdad, es el valor dominante del pensamiento político contemporáneo. Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que hoy "todos somos igualitarios" o que la igualdad constituye el escenario compartido por todas las teorías filosófico-políticas de la época. La igualdad es el estandarte de un sinnúmero de luchas, como las que se llevan a cabo contra la discriminación racial y de género, o contra la brecha entre los ingresos de ricos y pobres, o contra las desventajas que padecen los inmigrantes o las personas con capacidades especiales, etcétera. (Alegre, Montero, & Monti, 2015, p. 1595-1596)

Según señala Alegre, la igualdad es conceptualizada como el valor dominante dentro del pensamiento político contemporáneo; esto ha producido que algunos autores afirmen que de cierta manera en la actualidad todos somos igualitarios o también que la igualdad compone el escenario que es compartido por todas las teorías filosófico-políticas propias de la época; es por esto que la igualdad es considerada como aquel estandarte de un variado número de luchas, ejemplificándose con el caso de aquellas que se llevan a cabo, contra la discriminación racial así como la de género, o contra la diferencia entre los ingresos de ricos y los ingresos de los pobres, así también la lucha contra las desventajas que sufren los inmigrantes como también las personas con capacidades especiales, y otros.

Podríamos considerar a la igualdad como un concepto respecto del cual existen diversas concepciones. Para explicar esta noción, tengamos presente que la noción de igualdad opera en distintos planos. Así, se suele hablar de igualdad política, igualdad social, económica, educativa, etcétera. El punto de coincidencia de las distintas interpretaciones (el concepto) podría ser la idea de igualdad básica, como la llama Jeremy Waldron en un importante estudio. (Alegre, Montero, & Monti, 2015, pág. 1596)

Según señala Alegre, se podría considerar a la igualdad como un concepto que posee diferentes y variadas concepciones, siendo necesario para explicar esta, se deba tener presente que la noción de igualdad es utilizado en distintos planos, de tal manera existe la



tendencia de hablar de igualdad política, así como la social, la económica, al igual que la educativa u otras, siendo el punto de encuentro de las diferentes y diversas interpretaciones sobre este concepto de igualdad, la idea básica, la cual es considerada por el autor citando a Jeremy Waldron en un estudio de gran importancia.

El derecho a la igualdad significa que el gobierno debe tratar a todas las personas por igual. Por lo tanto, los diferentes métodos de tratamiento son limitados. Tal trato arbitrario se llama discriminación. Sin embargo, la verdad muestra que existe un conjunto de desigualdades sociales que no termina con el reconocimiento legal de los derechos de los sexos (igualdad jurídica), sino que conduce a la igualdad, cuyo fin es asegurar la igualdad de oportunidades para la realización de derechos básicos. Los derechos de todas las personas (igualdad material). Estas medidas pueden constituir relaciones desiguales, que se consideran desigualdades en lugar de discriminación. (Huerta, 2005, p. 308)

Según Huerta, el derecho a la igualdad involucra que todas las personas deben ser tratadas de manera igual por parte del Estado; es producto de esto que, todo trato diferenciado se encuentra prohibido, se afirma entonces que este trato de carácter desigual de los considerados iguales, se conoce como discriminación, a pesar de esto, en la realidad se percibe que existen varias desigualdades dentro de la sociedad, lo que obliga a adoptar medidas que encuentran orientadas a lograr que este derecho a la igualdad no se gaste en su reconocimiento formal, lo que es conceptualizado como la igualdad formal, más bien que existan una igualdad de oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas, siendo esto la igualdad material; estas medidas se facultan en implicar un trato desigual, lo que no es contemplado como una discriminación sino más bien una diferenciación en sí.

El nacionalismo puede manifestarse de diferentes maneras. Uno de ellos es la creación de normas jurídicas con contenido discriminatorio. Como una de las formas más comunes de discriminación, reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, que en algunos casos se trata junto con el derecho a la igualdad, en otros casos se trata de forma independiente. (Huerta, 2005, p. 308)

Según Huerta, la discriminación realizada por el Estado puede manifestarse de diferentes maneras, entre ellas uno de estas es la de expedición de normas jurídicas que poseen contenido de carácter discriminatorio, esto en tanto que esta ha sido una de los modos más comunes de discriminación por parte del Estado, según el autor, se evidencia la existencia de un reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley, que en ciertos casos se da de forma copulativa con el derecho a la igualdad y en otros casos de forma autónoma



según sea este.

El derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación se invocan principalmente para que el Estado no lleve a cabo un trato desigual entre las personas, lo que puede manifestarse de diferentes maneras. Así, por ejemplo, El derecho a la igualdad es violado por el Estado cuando éste, a través de sus poderes normativos, dicta normas discriminatorias, o cuando, a través de sus órganos judiciales, dicta decisiones que contradicen su derecho. La discriminación estatal también se manifiesta cuando se aplican medidas discriminatorias por parte de diversos organismos del gobierno nacional, local o regional. (Huerta, 2005, p. 313)

Según Huerta, el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación son invocados principalmente en razón de que el Estado, no genere o lleve a cabo un trato diferenciado o desigual entre las personas que son consideradas iguales, lo que puede manifestarse de diferentes formas, ejemplificando el autor, cuando el Estado atenta contra el derecho a la igualdad cuando mediante sus órganos los cuales poseen potestad normativa emiten una norma de carácter discriminatorio, de igual manera cuando los órganos jurisdiccionales adopta resoluciones que son contrarias a este derecho. Siendo que la discriminación realizada por el Estado también se manifiesta mediante los diferentes órganos del gobierno de nivel nacional, así como también de los de nivel local o regional, en los cuales se adoptan medidas discriminatorias a personas.

El derecho igualitario fundamental va a implicar un trato igual por parte del Estado a todas las personas. El trato sin restricciones daría lugar a la discriminación, que está prohibida. Sin más, no limita la posibilidad de tratar de manera diferente a las personas en situación de desigualdad, lo que debe basarse siempre en los principios de lógica, justicia e igualdad. (Huerta, 2005, p. 332)

Según Huerta, manifiesta que el derecho de la igualdad es un derecho fundamental el cual consiste en dar un trato igual por parte del Estado a todos los individuos, en el posible caso de que existiese un trato desigual, entonces ese sería un acto de discriminación, acto que se encuentra prohibido, pero esto, no impide que se pueda establecer un trato de forma diferenciada que, se daría entre las personas las cuales se encuentran en una situación de desigualdad, es por tal motivo que se debe observar, de manera obligatoria los principios tanto de razonabilidad, así como de racionalidad y también de proporcionalidad, siempre en estos casos.

Si las personas que ingresan al servicio militar son ciudadanos que forman parte de la sociedad peruana en el que todos nos regimos por una misma norma constitucional, ¿Por



qué aún existe ese trato que consideramos discriminatorio a estos reclutas?, consideramos el hacer promesas que no serán cumplidas en el interior del servicio obligando a los reclutas a que dejen el servicio en cometiendo como consecuencia de ello el delito de deserción, los pone en una situación de trato desigual ante los demás ciudadanos.

### **2.2.8 Servicio militar voluntario en Perú**

Determinar el fin de formar peruanos en edad de servicio militar obligatorio en las instalaciones de las fuerzas armadas, a fin de que estén en condiciones de servir a la nación en defensa de la soberanía y la integridad territorial, con las tareas que les asigna la Constitución Política del Perú como leyes de la República. (Ley del Servicio Militar, 2012, art. 10).

La Ley N° 29248, Ley de Servicio militar establece la organización, alcances, modalidades, procedimientos y su relación con la movilización, de conformidad con la Constitución Política del Perú y los Convenios Internacionales de los cuales el Perú es parte.

En ella se indica que mediante ella cualquier peruano tiene el derecho de acceder al servicio. No hay distinción de sexo y se cuenta cómo mínimo de edad la de 18 años. En compensación al servicio, los voluntarios son compensados con beneficios que cubran en primera instancia las necesidades, y luego, su desarrollo futuro.

Por otro lado, la ley no estipula la ubicación y rama del servicio militar. Esto significa que, a diferencia de otras realidades, los voluntarios no pueden optar por servir en una región específica del país, en un sector específico o en una ocupación militar.

Sin embargo al respecto tenemos que señalar que según nuestro punto de vista, la Ley del servicio militar no cumple con su finalidad toda vez que señala que éste tiene la finalidad de preparar a los jóvenes para el futuro, y esto en la realidad no se cumple, como ya se ha manifestado, los jóvenes en nuestra dura realidad nacional se incorporan al servicio en busca de bienestar, de trabajo, de una posibilidad de proyección a futuro, en busca de ser un medio de ingreso para sus familiares por apoyar a sus padres, por mantener a sus familias, por conseguir una real capacitación, porque en eso se convierte el servicio militar para estos jóvenes; los voluntarios no van son la sola convicción de prestar servicio militar y servir a la patria, ellos quieren una oportunidad, una oportunidad de desarrollo, para ellos es una forma de ingresar de algún modo a un mundo que les dé la posibilidad de ingresar a un trabajo, de encontrar un sustento para su familia y para sí mismo.

Ante esta dura realidad que vive nuestro país, el servicio militar se ha convertido en una posibilidad de futuro en los jóvenes, y estos ingresan con ese fin, siendo sumamente



lamentable que una vez que ingresen, ya en el interior del servicio militar las circunstancias o las posibilidades que ofrece el servicio militar son vacías o nulas, no existen. No señalamos que el servicio militar se dedique a capacitar a voluntarios, decimos que los jóvenes después la instrucción básica que reciben en el servicio tengan que ser capacitados en las áreas que tiene la institución castrense, si bien deben cumplir un servicio en interior y cumplir con las exigencias del servicio militar, se debe desarrollar un plan para dar facilidades por ejemplo a los jóvenes que deseen prestar servicio y a la vez continuar con sus estudios de secundaria o como en el caso de muchos con los estudios superiores, lo que concretamente no se da en la actualidad, ello más allá de que se deben otorgar mayores beneficios a los jóvenes para el final del voluntariado.

Por ejemplo, las propinas que otorga el Estado deben ser incrementados, pues lo señalado en la actualidad no es suficiente para la difícil situación que plantea la realidad, siendo que éste frustra todos los deseos, proyectos y sueños de los reclutas que ingresan al servicio militar.

### **2.2.9 Bajas del servicio militar**

La Ley N° 29248, Ley de Servicio Militar, indica los motivos de las bajas del Servicio militar en el Activo, por diversos motivos tales como: tiempo de uso; procedimientos disciplinarios; Prisión ordenada, confirmada o ejecutada por orden judicial. Implementación de medidas de restricción de libertad por decisión judicial por más de seis (6) meses; incapacidad física o psíquica que impida la prestación de los servicios; Muerte declarada desaparecida o reconocida como desaparecida; Ley N° 29248 Circunstancias especiales. Por otra parte, la ley no contempla la baja a solicitud del militar voluntario antes del tiempo (2 años), según la presente investigación existen voluntarios que desisten antes del tiempo por diversos motivos y de acuerdo a nuestros estudios el motivo mayor por los que se retiran los voluntarios son por las falsas promesas que se hace a la hora de enlistarse lo que difiere en gran manera a la hora de prestar el servicio militar.

Es preciso señalar que, debe existir coherencia entre lo que se propone al momento de la incorporación de los reclutas, los beneficios que se entrega durante el desarrollo del servicio militar y los beneficios que obtendrán los mismos al final del servicio militar, pues si bien la ley establece los formas como un efectivo puede ser dado de baja, no se observan que se puede dar de baja a solicitud del efectivo militar.

Es cuando surge la pregunta ¿Qué sucede cuando una persona no encuentra la promesa ofrecida o no ve todas las ofertas anunciadas al momento del enlistamiento?, pues



claramente nos encontramos ante una situación muy difícil que será materia de decisión del recluta, que no tiene mayor opción que el de terminar el servicio militar o desertar del servicio, pues no darle la posibilidad de una salida legal es una exposición clara hacia una vulneración de los derechos constitucionales de la persona, más en ese contexto, el recluta estaría obligado a resistir ésta afectación, engaño y frustración hasta el final de los años que impone la Ley, modestamente consideramos que, no, pues el Ejército dentro de un Estado Constitucional de derecho no puede permitir la afectación de derechos que ella misma protege.

A todo ello es necesario hacer referencia a las normas que regulan las bajas tanto en la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas que es como sigue: La Ley N° 1149 Ley vigente de la Policía Nacional del Perú en su Artículo 83° establece en qué circunstancias un efectivo policial puede retirarse de la Policía Nacional del Perú prescribiendo el mismo de la siguiente manera:

Artículo 83°.- Pasa a situación retiro

Pasa a situación de retiro, el personal que estar incurso en alguna de las siguientes causas:

- 1) Límite de edad en el grado
- 2) Tiempo de servicios reales y efectivos
- 3) Renovación de cuadros
- 4) Enfermedad o incapacidad psicosomática
- 5) Límite de permanencia en la situación de disponibilidad
- 6) Medida disciplinaria
- 7) Insuficiencia profesional
- 8) Sentencia judicial condenatoria, por delito doloso conforme al artículo 93°
- 9) A su solicitud
- 10) Encontrarse por segunda vez en situación de disponibilidad.

Las causales señaladas se aplicarán de conformidad con lo establecido en los artículos 84° al 95° del presente Decreto Legislativo, del que podemos advertir que en su numeral 9° establece que el personal de la Policía Nacional del Perú puede pasar a la situación de retiro A SU SOLICITUD, lo que indudablemente le otorga al efectivo policial la posibilidad de renunciar en uso de su autonomía y su libertad plena.

De la misma manera el Decreto Legislativo que modifica la Ley 28359 Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas Decreto Legislativo 1143 establece



las formas de como un efectivo militar puede dejar de pertenecer a la institución castrense señalando de la siguiente manera:

"Artículo 44°. - Causales de retiro

El Oficial pasara a una situación de retiro por cualquiera de las siguientes causales:

A) Estar al límite de edad en el grado.

B) Tener cuarenta (40) años de servicios.

C) Renovación.

D) Enfermedad o incapacidad sicosomática.

E) Límite de permanencia en situación de disponibilidad.

F) Medida disciplinaria.

G) Insuficiencia profesional.

H) Sentencia judicial.

I) Cese en el cargo de Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas o de Comandante General de cada una de las instituciones armadas.

J) Límite de veces sin alcanzar vacante en el Proceso de Ascenso.

K) A Su Solicitud.

L) Participar en la ruptura del orden constitucional

Como se puede apreciar en el literal "k" del Artículo 44 del Decreto Legislativo 1143 establece la posibilidad que tienen los efectivos militares de retirarse de la institución en el momento y cuando ellos lo consideren oportuno en su vida, en uso pleno de su libertad y autonomía personal.

Así las cosas, se evidencia una clara diferencia en las normas que regulan el retiro en el personal de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas, motivo por el que consideramos que se trata de una desigualdad o trato discriminatorio a los ciudadanos que ingresan a prestar el servicio militar voluntario, lo que claramente vulnera derechos constitucionales como el derecho a la igualdad, derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al bienestar.

Consideramos que el principio constitucional de igualdad, también debe amparar a los reclutas que ingresan al servicio militar, engañados con falsas promesas, quienes en el interior del mismo se dan con la ingrata sorpresa de que ninguna de las promesas, existen en el desarrollo del servicio militar.



### 2.2.10 Respeto a la publicidad engañosa en la captación de reclutas

Siendo una práctica que se da en el reclutamiento de los reclutas, creemos que es necesario que las entidades deben tomar acción en el asunto; al respecto la INDECOPI señala que; a través de la publicidad los proveedores dan a conocer los productos o servicios que ofrecen en el mercado, enviando mensajes dirigidos a captar consumidores. Esta publicidad se debe realizar dentro de los límites establecidos por la ley y sin afectar los derechos de los consumidores.

Los consumidores están expuestos a la publicidad comercial a través de diversos canales, como la televisión, la radio, los medios digitales y las vallas publicitarias al aire libre.

Por lo tanto, es importante tener cuidado al comprar productos, servicios y también verificar toda la información promocional contenida.

Por lo que consideramos que se incurre en publicidad engañosa al momento de que los efectivos militares, hacen la captación ofreciendo cuestiones, beneficios, entregan mensajes y vierten información que no están consideradas en la Ley y que en el desarrollo del servicio militar simplemente no se encuentran.

Ante estos hechos consideramos que la entidad debe ser sancionado y someterse a los alcances de la ley, en tanto el artículo 8.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal– aprobada mediante Decreto Legislativo 1044, en el mismo que – se prohíbe que los agentes económicos realicen actos que tengan por efecto, real o potencial, ***inducir a error al consumidor***, respecto de las características o condiciones de los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, o de los atributos que tiene su negocio.

La decisión de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI determinó que Entel Perú S.A. Incursionó en una competencia desleal, en forma de engaño, porque contrariamente a lo anunciado en su campaña publicitaria, se verificó que la promoción estaba efectivamente sujeta a los términos y limitaciones del siguiente régimen.

Por lo que consideramos que el hecho de dar información engañosa a los reclutas que no saben en absoluto del servicio militar, de los beneficios y deberes que tendrán dentro de él, deben ser sancionado por INDECOPI; pues indicarles a los voluntarios que tendrán, educación, que tendrán facilidades para el estudio, cursos de capacitación, propinas sostenibles, calzan perfectamente en lo que regula el Decreto Legislativo 1044.

Señalamos también que, en las promesas falsas que hacen el personal que capta a los reclutas para enlistarse en el servicio militar, inducen al error, hasta el momento de hacerles



firmar su incorporación y contar a estos como efectivos incorporados, y olvidándose de ellos por completo después de esta firma, dejándolos a su suerte en el servicio y que permanezcan en él, evidencia que el único fin es captar personas a cualquier costo (con engaño) y no importa el futuro, ni los proyectos de estos ciudadanos peruanos.

Lo que insistimos es una grave afectación a los derechos fundamentales de la persona que son cautelados en nuestra norma fundamental.

En tal sentido, la publicidad que realiza el Ejército peruano debe estar sujeta en estricto al contenido expreso de lo que establece la Ley del Servicio militar Ley 29248, en el que se señala los beneficios del mismo, el mismo que no se presenta como atractivo para la juventud, es por ello que los agentes y las oficinas encargadas de reclutar personal incurren en la mentira y el engaño a los jóvenes.

Por lo que es y será importante que, el Estado tenga que desarrollar un plan integral para mejorar las condiciones en todos los aspectos del servicio militar voluntario, por ejemplo en la calidad de vida que se les ofrece a los reclutas, calidad que debe provenir desde la misma capacitación al personal que instruye a los voluntarios, el trato que se les brinde debe ser con respeto a la dignidad de la persona, que se plantee un programa de capacitación en el interior del servicio militar, que las propinas que se les entregan sean dignas y que sea al menos para el sustento durante su permanencia en el servicio, y finalmente consideramos que el tiempo que permanezca los reclutas en servicio militar les sea útil para su vida futura, contrario sensu ésta se convierte solo en un instrumento de afectación de derechos fundamentales de personas con pocos recursos económicos que solo buscan hacerse un camino y de algún modo incorporarse al mundo laboral.

### **2.2.11 Afectación psicológica**

(Villegas & Toro, 2010), argumentó que el personal militar necesita y necesita una autoestima adecuada, por lo que Steve Simmons y John C. Simmons nos dijeron: "Puedes observar la reacción de las personas a las palabras. Criticar o rechazar". Las personas muy humildes tienden a luchar y sufrir ante las críticas y el rechazo. Las personas con autoestima moderada a alta manejan mejor las críticas y el rechazo. Las personas demasiado confiadas tienden a responder a las críticas o al rechazo con una actitud negativa y defensiva.

La autoestima presente en un nuevo soldado (recluta) durante los primeros meses de servicio, requiere de una recepción apropiada para una adecuada y rápida adaptación como miembro efectivo. En el proceso de transición de la vida civil al ambiente militar del recluta presenta algunas características que son: a) El nuevo soldado, encontrándose separado de



sus familiares y amigos debe desarrollar un sentimiento de ser parte de un grupo. Puede encontrar que la vida militar tiene mucho menos primacía y tiene que aprender su sentido de individualidad. b) Por otra parte el nuevo soldado puede hallar en la vida militar una mayor libertad personal que tenía en el ambiente civil. Las restricciones impuestas anteriormente por los padres, profesores, su comunidad no las siente directamente. Esta repentina liberación, puede conducirlo hacia una conducta irreflexible. En este proceso de adaptación es necesaria una autoestima alta, debido a que el recluta pasa de una vida civil a una vida de tipo militar. Asimismo, el personal en general del ejército requiere una alta autoestima, esto se refleja en las características que demanda el perfil de un soldado.

En nuestra misma línea argumentativa, señalamos que el hecho de que las personas ingresen con una gran expectativa al servicio militar para cumplir sueños, para encontrar en ella una forma de desarrollo personal,; así como, ciertos beneficios porque a ello es lo que empuja la realidad social; y al interior del servicio, se encuentra con una situación real e increíblemente contrario a lo que se le señaló al momento de su incorporación, queda la pregunta del entonces ¿Qué hago, si no encuentro en el servicio nada de lo que me dijeron y me ofrecieron?, la persona entonces ingresa a un grado de frustración, que culmina en una afectación psicológica al recluta y finalmente que no resiste y éste debe desertar, ello dentro de un contexto de vulneración de los derechos de la persona.

Por lo que consideramos que debe existir en la Ley del servicio militar, la posibilidad de salir mediante una solicitud, al no encontrarse los compromisos o promesas realizadas por el Estado.

Consideramos que la solicitud, debe ser presentada durante e incluso hasta los primeros tres meses del servicio, tiempo que es comprendido como el de adaptación, tiempo en que los reclutas se van incorporando al servicio militar, plazo en el que ya se puede apreciar si existen los beneficios prometidos por el Estado o no, y entonces el recluta ya se encontrara en la posibilidad de decidir si continúa en el servicio militar o se retira de él, porque se habrá podido conocer que la mayoría de las deserciones se producen en los primeros días del servicio militar, vale decir que los efectos o el impacto que sufren los reclutas son inmediatos tanto desde su propio ser, como el de la apreciación que tiene de la comunidad militar .

Siendo ello así nos encontraríamos ante la posibilidad de la presentación de un escrito solicitando la baja, ante esto la entidad debe responder al recurrente y consideramos que si ésta no tiene respuesta nos encontraríamos ante la posibilidad de configuración de la figura del silencio administrativo negativo.



### **2.2.12 Silencio administrativo negativo**

El derecho de la autoridad administrativa al silencio pasivo (derecho facultativo) beneficia a las personas físicas formalmente inactivas y ante ello la empresa tiene dos opciones (artículo 38): (1) esperar la decisión del órgano administrativo estatal, o (2) decide impugnar el fallo de la sentencia. Asimismo, si la empresa decide impugnar, puede hacerlo ante una autoridad administrativa superior o ante una autoridad judicial (contencioso administrativo).

El silencio negativo tiene por efecto, habilitar al recluta la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes. En esa línea, esta figura también genera efectos sobre la administración, la cual tendrá el deber de resolver en el plazo de 15 días calendarios, bajo responsabilidad, de lo contrario se aplica el silencio administrativo negativo y el recluta se encontraría habilitado para retirarse del ejército.

Consideremos que una vez presentada la solicitud de baja por el recluta, esta debe ser resuelto por la entidad dentro de los 15 días de lo contrario, entraría a tallar el Silencio Administrativo Negativo, habilitando al solicitante la posibilidad de una salida del servicio militar, sin incurrir en el delito de deserción.

## **2.3. Definición de términos**

### **2.3.1. Derechos Constitucionales**

Conjunto de facultades o atribuciones de la persona que son recogidas y garantizadas en la norma constitucional. (Castillo-Córdova, 2005)

### **2.3.2. El delito de deserción**

El delito de deserción es el cargo o puesto que se tiene en una unidad, organismo o dependencia y abandonarlo consiste en sustraerse de modo general a los actos y obligaciones del servicio.

La deserción contempla la ausencia de un militar de su unidad, destino o lugar de residencia cuando este tiene el ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, no fijando ningún período de tiempo mínimo (Delgado, 2019).

*“Artículo 105.- Deserción Incurrir en deserción y será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, el militar o el policía que: 1. Sin autorización, y con ánimo de sustraerse definitivamente del servicio, abandone su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial donde se encuentre desempeñando funciones militares o policiales; 2. Hallándose de franco, con permiso o licencia no se presente a su unidad, buque, base o establecimiento militar o policial al término del mismo...”*

Así, la Constitución acepta -según Hurtado Pozo- la especificidad de la actividad



militar y las acciones que deben prohibirse en su relación. Asimismo, al dar a la jurisdicción militar una referencia expresa a la Constitución y consolidarla como un fuero propio, reconoce tácitamente, por sus peculiaridades, una diferencia con la jurisdicción ordinaria. Esta peculiaridad se fundamenta en el concepto de disciplina que, como requisito estructural de la organización de las fuerzas armadas, asegura la coherencia y el buen orden en las citadas instituciones, y les otorga la competencia necesaria para el logro de los objetivos. Fijar metas. Esto determina inevitablemente la legitimidad de determinados actos legislativos limitados o, en todo caso, únicos, en la estructura orgánica de la justicia militar y en los procesos penales adjudicados a los efectos de la justicia militar, siempre que sean absolutamente indispensables para el cumplimiento de la misión y formación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Sin embargo, la preocupación básica por el mantenimiento de la disciplina militar, y la justificación de la justicia militar, no pueden violar la idea básica, orgánicamente hablando, de un juez objetivo, independiente y justo, la igualdad, así como las garantías generales.

La base de la justicia militar en un sistema democrático está relacionada con la misión específica de las fuerzas armadas. y la Policía Nacional de Filipinas: los militares defienden el país y controlan el orden interno, y con la estructura vertical de la organización del ejército y la policía, se destacan consideraciones de disciplina y jerarquía. Así, recuerda Jimeno Sendra, la justicia militar tiene como finalidad asegurar la disciplina en un organismo de alta jerarquía, valor esencial para su buen funcionamiento. Parece que la Constitución, sobre la cual no hubo debate en la Asamblea Constituyente sobre este punto, llegó a aceptar este concepto y así establecer la justicia militar, mientras que muy probablemente optó por otros modelos propios de democracias fuertes para las cuales la jurisdicción militar no se considera necesaria en tiempos de paz. (Castro, 2016)

### **2.3.3. Igualdad**

En Rawls (2000), la igualdad es una garantía constitucional obtenida sobre la base de un procedimiento por el cual se forma una “sociedad bien organizada”; El procedimiento confirma consideración racional y razonable, porque cada uno recurre a su propio entendimiento para apostar inteligentemente por sus propios intereses; Lógicamente, dada la capacidad de cada persona para regular su propio comportamiento y emitir juicios para discutir con los demás, esto le da sentido político al proceso. (Villegas & Toro, 2010)



#### **2.3.4. Libertad**

“(…) la facultad de realizar o no ciertas acciones sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal”. (Bobbio, 2003)

#### **2.3.5. Libertad contractual**

La libertad de contratar se expresa en una voluntad expresa independiente, que determina el estatuto de las disposiciones libremente estipuladas por las partes, que, en algunos casos, pueden excluir parcial o totalmente la legalidad, y obligarlas desde el punto de vista jurídico. Visión. (Luna, 2008)

#### **2.3.6. Libertad de trabajo**

Derecho de optar (...) por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor”. (Exp. 0008- 2003- AI/TC, 2003, párr. 26)

#### **2.3.7. Libre desarrollo**

Es decir, se tutela la actuación fenoménica de la libertad, cuya máxima expresión, qué duda cabe, es el singular "proyecto de vida". (Fernández, 1996, p. 95)

#### **2.3.8. Política de seguridad y defensa nacional**

La política nacional del Perú es respetar estrictamente el derecho internacional, las leyes y la igualdad soberana nacional. El principio de no injerencia y no injerencia en los asuntos internos de otros países. Autodeterminación de los pueblos, fiel cumplimiento de los tratados, solución pacífica de controversias y prohibición del uso o amenaza de la fuerza. el derecho soberano de todas las naciones a elegir, establecer y mantener libremente sus propios sistemas socioeconómicos y políticos (Congreso de la República, 2016)

Al mismo tiempo, el Perú afirma el ejercicio de su soberanía e independencia nacional, su existencia y la integridad de su territorio y patrimonio, así como la protección y realización de sus intereses, aspiraciones y fines, con plena autonomía y libre de subordinación. Actuar. Enfrentar amenazas, riesgos o desafíos. La nación peruana se mantiene vigilante en su proceso de desarrollo e integración, dispuesta a enfrentar las amenazas a la patria y nación, dispuesta a velar por su seguridad. Esta es la base esencial para el desarrollo y el logro de los objetivos.



### **2.3.9. Proyecto de Vida**

Por lo tanto, el proyecto se basa en la libertad del hombre y del tiempo. Si no es un ser libre y temporal, entonces no tiene sentido hablar de un “proyecto de vida”, pero al mismo tiempo, siendo libre y temporal, necesariamente debe ser liberado. Vives por proyección y brillas una luz sobre ti mismo viviendo una vida temporal de libertad. El hombre, como ser libre y temporal, no puede dejar de proyectarse. La proyección es una forma de vida humana libre y temporal. (Fernández, 1996)

### **2.3.10. Respeto de los derechos fundamentales de la persona**

Nuestra norma constitucional prescribe los derechos fundamentales de la persona y es así que el Artículo 1° establece que La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, siendo este uno de los preceptos establecidos por la Constitución Política del Perú consideramos que la falta de regulación de la salida voluntaria del servicio militar es contraria también al artículo primero de la Constitución Política del Estado, por lo que una vez más señalamos que existe una palmaria vulneración a los derechos fundamentales.

Si continuamos con el catálogo de los derechos fundamentales que establece el Artículo 2° de nuestra norma constitucional señala que Toda persona tiene derecho:

A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su *libre desarrollo y bienestar*. Términos que han sido ampliamente desarrollados en el presente trabajo de investigación.

### **2.3.11. Servicio Militar**

Es una actividad que de manera personal. Cada peruano puede imponer sus derechos constitucionales y obligaciones de participar en la defensa. Se ofrece para hombres y mujeres sin distinción alguna, a partir de los dieciocho (18) años de edad.”.(Ley del Servicio Militar, 2012, art. 2).



## CAPITULO III

### RESULTADOS Y ANALISIS DE LOS HALLAZGOS

#### 3.1 Resultados del estudio respecto a los objetivos específicos

- **Resultados del objetivo específico numero 1:**

El objetivo planteado se encuentra relacionado a: Determinar la vulneración del derecho de al libre desarrollo de la personalidad por la ausencia de regulación el desistimiento en la Ley del Servicio Militar, Ley 29248. Para lo cual se describirán los principales ítems de la categoría libre desarrollo de la personalidad, derecho a la igualdad, derecho al desarrollo personal y el derecho al trabajo:

- **Libertad de trabajo:**

La libertad de trabajo tiene directa relación con el servicio militar voluntario toda vez que la libertad de trabajo nos presenta la posibilidad de rescindir o resolver los contratos laborales, figuras que se dan en el ámbito laboral público y privado, bajo la premisa constitucional de que nadie está obligado a hacer un trabajo en contra de su voluntad y que vaya en contra de sus principios o sus promesas, en ese orden de ideas consideramos el hecho de que los reclutas hayan sido captados con ciertas promesas que en el desarrollo del servicio militar no son cumplidos atenta directamente a los derechos fundamentales de la persona, ello ocurre en el caso que se trata en la presente investigación, concretamente en la 5ta Brigada de Montaña de la ciudad del Cusco, la que se encuentra ubicada en el distrito de Santiago, provincia y departamento del Cusco, la posibilidad que buscan los reclutas de incorporarse al mundo laboral después de prestar el servicio militar es un motivo para enrolarse en las filas del ejército, en un país que tiene pocas oportunidades de salir adelante e insertarse en un mundo laboral, estos jóvenes que vienen de provincia altas de distritos lejanos, quieren una opción y ven como una oportunidad de progresar, de sacar adelante a su familia, apoyar económicamente a sus padres que son de humilde condición, ingresan a la institución con esa gran ilusión, lo que lamentablemente no se cumple. Ello en su primera vertiente.

En la segunda vertiente; consideramos que existe una vulneración a la libertad de trabajo en el entendido que se obliga al recluta a permanecer en el servicio militar en contra de su voluntad, sin tener en cuenta que si el recluta ya no quiere pertenecer o ya no quiere seguir prestando servicio militar, entonces nos viene a la mente la siguiente interrogante; ¿Por qué estos ciudadanos no podrían renunciar, por qué estos ciudadanos no podrían, *decir*



*esto no me gusta o esto no es para mí*, o finalmente acaso no podrían reflexionar y reformular una decisión en un momento determinado?, ¿acaso se puede obligar a un ciudadano a desarrollar cierta actividad en contra de su voluntad? Por lo que es importante señalar que los contratos laborales también pueden ser resueltos o rescindirlos (lo que justamente constituye la libertad de Trabajo) es la libertad de la persona a poder decidir por otra oportunidad; la ausencia de la posibilidad de renuncia en la Ley del Servicio Militar Voluntario Ley 29248 tiene como grave y lamentable consecuencia la deserción de los reclutas.

La Ley del Servicio Militar Voluntario, es una ley que vulnera los derechos fundamentales de la persona al no permitir la salida mediante un mecanismo legal en su contenido, lo cual como hemos señalado no se da en otros regímenes laborales, que si es permisible, es sabido que es renunciable por ejemplo el cargo de los presidentes de los Gobiernos Regionales, consejeros regionales, alcaldes y regidores municipales, medida ha sido introducida por la Carta Magna de 1993, Más aún cuando el presidente de la República, la máxima autoridad de nuestro régimen político, sí puede renunciar al cargo, en tanto observamos la demanda de Acción de Amparo planteada por el Dr. Javier Valle Riestra, en el que sostuvo que la renunciabilidad parlamentaria es viable en el derecho comparado sin mayor trámite, siendo así consideramos que la permanencia de los reclutas en el servicio militar también puede ser renunciable: Para estos fines se presenta el caso siguiente.

#### **N° de expediente 0186- 2015-05-25/99**

Fecha 19-Dic-2019

*“El presente expediente del investigado Luis Richard Rojas Mamani prestó servicio en el RC MTHA de Huancané, desertó en fecha 22 de julio del 2015, se formuló el parte administrativo, realizándose el control de acusación, con los hechos mencionados se aplicó el artículo 105° del Código Penal Militar, siendo sentenciado a cuatro meses de pena privativa de libertad suspendida, y el pago de 300 soles de reparación civil”*

En dicho expediente se muestra como el soldado Luis Richard Rojas Mamani el 22 de julio del 2015 fue acusado por estar incurso presuntamente en la comisión del delito de deserción, proceso a cargo del Fuero Militar Policial a una sentencia de cuatro meses de pena privativa de libertad, por retirarse de su servicio lo que genera la aplicación de una pena (una sanción grave a nivel social en la aplicación del derecho punitivo), por el solo hecho de no



reconocer la capacidad de reflexión de las personas, por no respetar el derecho a renuncia, o actuación con autonomía de la persona.

Por lo que, es importante señalar que en todos los regímenes laborales contemplan la posibilidad de renuncia de una decisión o la posibilidad de resolver o rescindir los contratos; sin embargo, la Ley del Servicio Militar no permite tal posibilidad, por lo que nos encontramos ante una norma que vulnera derechos fundamentales de la persona.

- **Proyecto de vida**

El derecho al libre desarrollo de la personalidad que tiene una posición primordial dentro de los derechos fundamentales, cuyo objeto posee la característica de tutelar una esfera vital propia de la persona, lo que se entiende como la construcción del denominado plan o su proyecto de vida, el proyecto de vida tiene el rasgo de describir un comportamiento genérico, puesto que ampara, como norma abierta, las diversas posibilidades de comportamientos o también conductas que pueden ser muy heterogéneas y diversas, por medio de las cuales el individuo tiene la facultad de ejercer tal derecho, de tal manera que asegura un hacer permitido, lo cual le faculta a oponer a terceros; partiendo desde esta premisa se entiende el derecho al libre desarrollo de la personalidad como derecho primordial, se instituye como una garantía de alternativas, por el motivo de acceder a realizar cualquiera de las acciones posibles y que le sean permitidas a nivel social, las cuales deben encajar en su objeto y que por tal razón evidentemente se encuentran subordinadas de las particularidades y autonomía de cada individuo el cual desarrolle.

En otros términos, proteger la libertad fáctica significa la protección del “proyecto de vida” o libertad del actuante, presente en el mundo. La importancia de la protección jurídica del “proyecto de vida” radica en que en él se juega nada menos que el destino de la persona. Es decir, lo que la persona decidió hacer en y con su vida, entonces cuando se niega a los reclutas la posibilidad de renunciar al servicio militar se niega a la persona la posibilidad de hacer con su vida una elección de actos tendientes a su plan o proyecto de vida, Para los intereses de lo indicado se presenta el siguiente expediente:

**N° de expediente 0151-2018-05-24/99**

Fecha 03-feb-2020

*“El expediente en mención hace referencia que el procesado ex Cabo Chuiso Quispe Frank Abel, prestó servicios en el BIM N° 30, fue dado de alta en la fecha 01 de setiembre, formulándose la resolución de baja y el parte administrativo. Siendo que este ya no retornó*



*al servicio militar por motivos de trabajo y estudio. Teniendo como respuesta la renuncia al servicio militar, por la necesidad de trabajar y estudiar. Finalmente fue sentenciado a cinco meses de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución y a 400 soles de reparación civil”.*

En el expediente indicado se presenta el caso del ex Cabo Chuiso Quispe Frank Abel, el 01 de septiembre de 2019, se le dio de baja dado porque en el desarrollo del servicio militar no podía cumplir con sus actividades de trabajo y estudio, motivo por el que se retiró del servicio, dado que no se le permitía cumplir con su proyecto de vida lamentablemente esta decisión le costó una sanción penal en el Fuero Militar Policial prescrito como el delito de desertión, habiendo sido sentenciado a cinco meses de pena privativa de la libertad y 400 soles de reparación civil, evidenciándose la vulneración flagrante al derecho fundamental proyecto de vida, así se puede evidenciar de manera palmaria que la Ley del Servicio Militar Voluntario Ley 29248, vulnera el derecho al proyecto de vida, al no permitir a la persona la renuncia al servicio militar policial, pues la norma considera que los ciudadanos que ingresan al servicio militar, tienen el derecho de inscribirse en el servicio, una vez dentro del servicio militar la norma se convierte en una norma que lesiona derechos fundamentales toda vez que no se permite al recluta reclamar sus derechos ni ejercerlos mediante mecanismos legales, que precisamente no la regula, por lo que consideremos que dentro de un Estado de derecho constitucional se deben la vulneración de los derechos de la persona.

- **Jerarquización social**

En un mundo de competencia permanente, de marcada diferencia de clases sociales, las personas que tienen pocas posibilidades u oportunidades, están dispuestos a realizar cualquier actividad que les permita salir de esa condición; la condición de pobreza, de ser personas sin empleo, de ser personas sin oportunidad, entonces los jóvenes que se encuentran en una situación de desempleo sin posibilidades de desarrollo, ven como una gran ventana el servicio militar, estamos convencidos de que el noventa y cinco por ciento de las personas que ingresan al servicio militar se enrolan al mismo, porque ven en ella la posibilidad de oportunidad laboral, oportunidad de capacitación, oportunidad de desarrollo y no porque quieran realizar servicio militar o porque exista la convicción de entregar su tiempo y su juventud a la nación.

Por lo que nos encontramos ante una realidad dura en que los jóvenes desean alcanzar un grado social, y buscan un reconocimiento en la sociedad pues el grado o el hecho de ser



efectivos militares les concede acceso y autoridad o poder; es decir que, los reclutas consideran que tendrán la posibilidad de incitar a los demás (mediante la obtención de un grado, frente a sus subordinados) a actuar según la voluntad de uno en virtud de un principio de legitimidad reconocido por la institución castrense o por la sociedad: En tal sentido, en el caso concreto que planteamos, estos jóvenes buscan reconocimiento a nivel social, que se obtendría mediante el ascenso dentro de la institución militar, así como también dentro de la sociedad. A este entender se presenta el siguiente expediente:

**N° de expediente 0143-2014-05-23/99**

Fecha 31-enero-2020

*“En el caso seguido contra Jhonatan Albert Rubio Delgado, quien prestó servicio militar en el Batallón de N°33 en mayo del 2014 se aprecia que éste se retiró del servicio militar, formulándose el parte administrativo, que continuó con la investigación preparatoria y concluyó en sentencia, el soldado ha señalado que ha ingresado al servicio militar porque había considerado tener un reconocimiento en la sociedad, porque sus amigos solo habían terminado la secundaria, pero justamente esa consideración es la que no ha encontrado en el servicio militar; lo que ha terminado con la imposición de una sentencia de cuatro meses de pena privativa de libertad, y al pago de 400 soles de reparación civil”.*

Del caso seguido contra Jhonatan Albert Rubio Delgado, se aprecia que este efectivo ingresó al servicio militar con la intención de encontrar cierta consideración en su círculo social y entendió que, encontraría dicha consideración en el servicio militar, consideración que no encontró y motivó su retiro inmediato de la institución castrense, lo que finalmente ha tenido como consecuencia la imposición de una sentencia de cuatro meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución; es una muestra que las personas ingresan al servicio militar con otras expectativas que no son necesariamente el servicio militar o el servicio a la nación, lo que tiene como consecuencia la renuncia al servicio militar y una consecuencia penal, lo que innegablemente nos demuestra que la Ley del Servicio Militar Voluntario, vulnera los derechos fundamentales de la persona.

- **Libertad Personal**

La Libertad Personal, como derecho fundamental y derecho humano, también es vulnerado por la Ley del Servicio Militar Voluntario Ley 29248, el mismo que no reconoce



a la persona la posibilidad de resolver con autonomía en su esfera personal, vale decir que al no establecerse en la ley la posibilidad de renuncia no se le entrega al ciudadano una fórmula legal mediante el cual pueda renuncia a una posición, sin ser perseguido penalmente por el aparato estatal, consideramos que la Ley del Servicio Militar Voluntario al no permitir la salida de los reclutas vulnera el derecho a la libertad personal, ante ello, al no existir una posibilidad de salida legal del Ejército y esto indefectiblemente obliga al recluta a permanecer en contra de su voluntad en las filas castrenses, hecho que vulnera flagrantemente el derecho a la libertad de la persona, ante esta vulneración consideramos que el mecanismo constitucional a activarse es el Habeas Corpus, mecanismo que resulta idóneo a efectos de recuperar la libertad de la persona, lo que se ha observado en la investigación es que los soldados recurren a la Defensoría del Pueblo para solicitar su pase al retiro, o hacen llegar sus escritos haciendo saber a la institución el deseo de renuncia definitiva al servicio militar, solicitudes que no han sido respondidas porque no existe tal mecanismo legal y los recurrentes al no encontrar repuesta han optado por no retornar después de haber salido del servicio con permiso y consecuentemente han sido sentenciados a pena privativa de la libertad, este derecho tan importante que cautela la libertad de la persona como derecho humano, se encuentra consagrado en diferentes normas nacionales y supranacionales, como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, La Convención Americana sobre Derechos humanos de 1969, los mismos que protegen la esfera integral de la persona y que lamentablemente son vulnerados por la Ley 29248, Ley del Servicio Militar Voluntario, para estos efectos señalamos el siguiente expediente:

**N° de expediente 0054-2018-05-23/99**

Fecha 06-noviembre-2019

*“En el expediente seguido contra Cristian Yoel Pérez Arpi, el procesado refirió haber prestado servicio militar en la CIA CMDO N° 114 desde el 10 de febrero 2018 hasta el 10 de mayo 2018 no habiendo retornado al servicio militar por lo que se formuló el Parte Administrativo dándose cuenta de la deserción del efectivo, refiere el imputado que lo hizo porque no se habían cumplido todos los compromisos o promesas que le habían ofrecido al momento de su incorporación, y no tenía otro remedio que retirarse, concluyendo este acto con una sentencia de 4 meses de pena privativa de libertad y 400 soles de reparación civil a favor del Estado”.*



Así en el expediente seguido contra Cristian Yoel Pérez Arpi se observa que se le ha sentenciado a cuatro meses de pena privativa de su libertad el 10 de febrero 2018, expediente del que se puede apreciar que el motivo real de su renuncia al servicio fue por la falta de cumplimiento de los compromisos por parte del Ejército; sin embargo, al momento de declarar ante la fiscalía y el tribunal, por miedo y por el deseo de salir lo más pronto posible del problema judicial en el que se encontraba inmerso, señaló que el motivo de su retiro fue porque tuvo problemas familiares, imponiéndole una pena privativa de libertad y ordenándose el pago de una reparación civil, cabe recalcar que los jóvenes temen señalar por miedo que el motivo de su retiro fue porque no encontraron los beneficios ofrecidos por el Ejército y optan por referir que tuvieron problemas de salud o problemas familiares esto resulta ser menos engorroso, pues consideran que señalar los motivos reales les traería complicaciones.

- **Celeridad en la toma de decisiones**

Respecto a la celeridad en la toma de decisiones entendemos que nos encontramos frente a dos acepciones que nos presenta este ítem; la primera la encontramos en el aspecto relacionado con la toma de decisiones de las autoridades militares frente a los hechos eventuales o permanentes que se suscitan en el interior de las instalaciones del Ejército durante el desarrollo del servicio militar, cuando se presentan hechos de agresión física a los reclutas no son denunciados a la superioridad eso implica que no se realiza la documentación correspondiente, con menor posibilidad de llegar a ser denunciados ante las entidades de naturaleza civil, como la fiscalía del fuero común, la fiscalía militar policial o la inspectoría, aunque de manera aislada uno u otro caso ha salido a la luz mediante denuncias de los padres de los reclutas, pero ello no es común, no es normal, pues se observa y se entiende que en una institución jerarquizada prevalece, la subordinación y existe el miedo, motivos por los que los reclutas no realizan las denuncias ante los órganos competentes, y es que; frente a estos hechos que la institución militar no actúa con celeridad, por ejemplo cuando la superioridad ha tomado conocimiento de hechos de agresión de instructores a los reclutas, no se actuó con objetividad, menos con celeridad para resolver estas situaciones conforme establecen las normas que regular el servicio militar, más al contrario se observó que estos hechos fueron manejados de manera interna y no se ha seguido los cánones legales.

Sin embargo, haciendo ya referencia a la segunda acepción nos encontramos frente a una actuación diferente de la institución militar cuando se trata de sancionar, sea penal o administrativamente a los reclutas, de manera contraria a la primera en estos casos el Ejército



actúa con gran celeridad para efectuar los partes administrativos en sede del Ejército del Perú, así como también se observa demasiada celeridad en los procesos de deserción que se lleva en el Fuero Militar Policial, puesto que una vez recepcionado el Parte Administrativo en la Fiscalía Militar Policial, inmediatamente se prosigue con la Investigación Preparatoria, pasado los seis meses que establece el Código Penal Militar Policial se realiza la etapa intermedia, el control de acusación y seguidamente el Juicio Oral, por lo que se puede evidenciar que la institución militar, no despliega su obligación cuando se trata de proteger o cautelar los derechos de los reclutas; sin embargo, cuando se trata de sancionar demuestra un gran interés, lo que demuestra el poco respeto que se tiene a los derechos de la persona como la dignidad de la persona, o ¿Acaso la dignidad de la persona es llevado a segundo plano dentro de la institución militar? Pareciera que fuera así, olvidándose lo que establece el Artículo 1° de nuestra normal fundamental, que establece que la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado; siendo así nuevamente se observa que la Ley del Servicio Militar Voluntario vulnera los derechos fundamentales de la persona, éste estudio cualitativo de revisión bibliográfica sistematizado a través de los métodos histórico-lógico, revisión documental, hermenéutico y análisis-síntesis, tiene como propósito desplegar algunas consideraciones en torno al principio de celeridad procesal y sus consecuencias, respecto a la celeridad en la toma de decisiones presentamos los siguientes expedientes:

**N° de expediente 0119-2018-05-25/99**

Fecha 18-diciembre-2019

*“El procesado Jhon Edison Aedo Cconislla ha prestado servicio militar en el BIM N° 35 de Andahuaylas, dado de alta con fecha 27 de marzo del 2017 siendo que el 15 de octubre del 2018 no retorno más al servicio militar, por lo tanto, se formuló el parte administrativo, por el delito de deserción, emitiéndose la sentencia de 4 meses de pena privativa de libertad suspendida y el pago de 400 soles de reparación civil”, asimismo ha señalado que cuando había hechos de agresión hacia sus compañeros, estos hechos no eran denunciados a la autoridad sino eran solucionados de manera interna en la institución militar.*



**N° de expediente 0069-2018-05-23/99**

Fecha 13-diciembre-2019

*El procesado Bildad Lara Taípe prestó servicios en el BIM-35 de Andahuaylas el 15 de octubre del 2018, ausentándose del servicio, el Ejército remitió el Parte Administrativo, realizándose la investigación preparatoria, control de acusación y posterior juicio oral, habiéndose en ese tiempo ordenado su conducción compulsiva, y una vez ubicado se estableció que había cometido el delito de desertión, dictándose la sentencia de cuatro meses de pena privativa de libertad y al pago de S/. 300.00 soles de reparación civil a favor del Estado – Ejército del Perú, asimismo refiere que cuando había hechos de agresión hacia sus compañeros, estos hechos no eran denunciados a la autoridad sino eran solucionados de manera interna en la institución militar.*

En el primer expediente realizado a Jhon Edison Aedo Cconislla se refiere a que 15 de octubre del 2018 no retorno más al servicio militar, siendo sentenciado por el delito de desertión y señaló que los hechos de violencia que se suscitaban en el interior del Ejército del Perú, hecho que motivó su renuncia al ejército, con respecto al expediente de Bildad Lara Taípe, también se evidencia que después de haber salido de permiso ya no retornó al servicio militar, habiéndose sancionado este hecho como delito de desertión, imponiéndose como sentencia cuatro meses de pena privativa de libertad con carácter de suspendida.

Entonces, en los dos casos presentados se evidencia que existió una actuación con celeridad en la toma de decisiones para establecer las sanciones, denota rapidez e interés para sancionar, para establecer responsabilidades al indefenso ciudadano convertido en recluta, vulnerando sus derechos fundamentales, que al final tiene que someterse a las secuelas de un proceso penal y aún más al pago de una reparación civil a favor del Estado, ello por no haber permitido que su libertad sea sometida. Contrarium sensum, tal celeridad o interés, no se presenta cuando ocurren hechos que vulneran los derechos de los reclutas en el interior del servicio militar, pues lamentablemente la Ley del Servicio Militar Voluntario no establece los mecanismos legales, para proteger los derechos del personal.

- **Libertad contractual**

La libertad contractual se revela en la voluntad independiente y autónomamente expresada, que fija el establecimiento de las estipulaciones o acuerdos que las partes se otorgan de manera libre y espontánea, pudiendo en ciertos casos, hacer exclusión parcial o total de la norma jurídica, en ese sentido consideramos que tal como sucede en los contratos



laborales en los que se permite ejercer a la autonomía de la persona resolver o rescindir en ciertas y determinadas circunstancias los acuerdos tomados, evidentemente bajo la premisa de que nadie puede ser obligado a desarrollar una actividad que no desea desarrollar.

En ese sentido, consideramos que la Ley del Servicio Militar Voluntario debe permitir expresar esta voluntad al recluta, pues no se puede obligar al ciudadano a permanecer en el Ejército realizando una actividad que no desea desarrollar más aún en contra de su voluntad, hecho que se replica en todos los casos analizados. Se evidencia la vulneración a los derechos fundamentales de la persona, más aún si se tiene en cuenta que en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se permite desde a los alumnos y cadetes la salida (renuncia) de la institución a solicitud de la persona, lo que debería ocurrir también en la Ley del Servicio Militar Voluntario. Este hecho se evidencia en los siguientes expedientes:

**N° de expediente 0396-2017-05-23**

Fecha 12-noviembre-23

*“El investigado Luis Eduardo Tacuri Rodríguez, prestó servicio en el BCT N° 334 desde el 1 de marzo de 2016 al 10 de diciembre del 2017 quedando ausente desde dicha fecha, se formula al Parte Administrativo, llevándose la investigación preparatoria y finalmente en el juicio oral se establece que ha cometido el delito de deserción, siendo sentenciado a 4 meses de pena privativa de libertad y el pago de S/. 400.00 soles de reparación civil a favor del Estado – Ejército del Perú”.*

**N° de expediente 0037-2016-05-23/99**

Fecha 18-noviembre-2019

*“El investigado Edgar Mallma Pacheco ha prestado servicio militar desde el 01 de enero del 2015 al 03 de enero del 2016 donde quedó ausente luego de la fecha indicada, se formuló el parte administrativo, investigación preparatoria y posterior al juicio oral se determinó la comisión del delito de deserción sentenciando al acusado a 04 meses de pena privativa de libertad y el pago de S/. 200.00 soles de reparación civil a favor del Estado- Ejército del Perú”.*

En el expediente referido a Luis Eduardo Tacuri Rodríguez se demostró que estuvo ausente desde el 01 al 10 de diciembre del 2017, se emitió el Parte Administrativo, continuado la investigación preparatoria, emitiéndose finalmente sentencia condenatoria,



imponiéndosele una pena privativa de su libertad y pago de una Reparación Civil; y en el expediente referido a Edgar Mallma Pacheco se evidencia que se ausentó desde el 01 de enero del 2015 al 03 de enero del 2016, al final del proceso penal militar policial fue sentenciado a una pena privativa de libertad y al pago de una reparación civil.

Se aprecia que en ambos casos los efectivos militares se retiraron del servicio militar, incurriendo en el delito de deserción, debido a que el Ejército del Perú, no les ha brindado la posibilidad de recurrir mediante un mecanismo legal para manifestar su voluntad de no pertenencia, de manifestar su voluntad o expresar su renuncia, al no existir estos mecanismos los reclutas se ven en la necesidad de retirarse del Ejército sin aviso; cometiendo por lo tanto, el delito de deserción, pues como puede evidenciarse se observa que el Ejército del Perú no presenta un mecanismo para renunciar, como sucede en otras entidades públicas y privadas, en las que sí se puede renunciar en las que se puede resolver un contrato, ausencia que no permite al recluta expresarse y actuar con libertad.

- **Presión social**

Se comprende como presión social, la influencia ejercida por un grupo social para alcanzar que una persona cambie sus actitudes de una u otra forma, sus pensamientos o, incluso, sus valores. También conocida “como presión de pares” es un problema que puede llegar a ser considerado como un trastorno de la personalidad, dicha influencia está en la sociedad, la misma que se ejerce en contra de un ciudadano. Pero la presión no solo se ejerce en el ámbito social del ciudadano, sino también en el ámbito de los grupos que pertenece un ciudadano como en el ámbito laboral o institución a la que pertenece, dentro de lo que nos compete hablamos de la presión que se ejerce en el Ejército del Perú hacia el recluta, presión que además tiene un agregado el grado, la jerarquía y la subordinación en la institución militar, que no es solo presión social, sino a veces se suma la sumisión ante los superiores, más aún, si se tiene en cuenta que en el ámbito militar cuando los reclutas, al momento de ingresar al servicio internalizan la idea que deben realizar el servicio militar demostrando en todo momento valentía u hombría que, se debe demostrar tanto dentro del servicio militar, ante los compañeros de la unidad o en el ámbito externo ante la sociedad civil o su ámbito personal que lo rodea, por lo que los reclutas sienten presión social en los dos sectores, situación que a muchos de los efectivos militares obliga a permanecer en el servicio militar, para estos fines presentamos el siguiente expediente:



**N° de expediente 0078-2018-05-23/99**

Fecha 04 - diciembre-2019

*“El sentenciado Eder Yerson Córdova Vargas a prestado servicio militar en Batallón de Servicio N° 9 de la ciudad del Cusco del 25 enero del 2017 al 09 de noviembre del 2018, fecha en la que quedó ausente, realizándose el juicio oral se determinó la existencia del delito de deserción, siendo sentenciado a 04 mes de pena privativa de libertad y S/. 400.00 soles de reparación civil”.*

En el expediente referido a Eder Yerson Córdova Vargas se evidenció la presencia del efectivo militar durante el lapso del 25 enero del 2017 al 09 de noviembre del 2018, habiendo sido sentenciado en fecha de diciembre del 2019, a cuatro meses de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución y al pago de una reparación civil, por lo que se observa que el recluta Eder Cordova Vargas no retornó al servicio militar, como es de observarse en la sentencia que se impone no se señalan las razones verdaderas por los que los reclutas se retiran del servicio, mucho menos se señalan los motivos por los que ingresaron al servicio, siendo así las sentencias que se emiten limitadas a verificar el ingreso y la salida del servicio del recluta y la consecuente imposición de la pena, cuando en la realidad los reclutas viven las circunstancias que hemos señalado antes.

### **Resultados del objetivo específico numero 2:**

Determinar la vulneración del derecho a la igualdad por la ausencia de regulación del desistimiento en la Ley del Servicio Militar Voluntario Ley 29248.

Otro de los derechos que es vulnerado por la ausencia de regulación del desistimiento de los reclutas en la Ley del Servicio Militar Voluntario Ley 29248 es el derecho a la igualdad, prescrito en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Estado de 1993. La igualdad ante la ley “...es el supuesto de la igualdad como generalización, que expresa la superación del privilegio otorgado a un sector de ciudadanos y la construcción de normas jurídicas como dirigidas a un abstracto homo iuridicus, que es el hombre y el ciudadano, del que se advierte de manera palmaria que los reclutas son tratados de manera muy desigual frente a otros ciudadanos que pertenecen a otras instituciones o a personas que ocupan otros cargos en la administración pública o en los entes privados.

En esa línea de razonamiento y considerando lo anteriormente señalado, podemos precisar que todas las personas que desarrollan una labor en el Estado, es decir, dentro del derecho público, o fuera de él, en el ámbito privado, tienen la facultad de renunciar al cargo



que desempeñan, tienen el mismo derecho. ¿Por qué es que este derecho se les niega a los reclutas? Como se ha señalado, otras personas con cargos diferentes tienen el derecho a renunciar inclusive el propio presidente de la República como primer funcionario del país; negar el desistimiento del servicio militar a los reclutas, en efecto es un trato por demás discriminatorio. Para este extremo presentamos diversos casos en los expedientes que fueron presentados para dar a conocer el derecho a la igualdad y la vulneración que existe a ella.

- **Mecanismos**

Los derechos constitucionales se logran concentrar en un punto concreto, el escapar de los debates ideológicos e instituye como único eje los altercados jurídicos. En algunas legislaciones se tiene como iguales a los derechos constitucionales y los derechos fundamentales. En los casos que se hace diferencia se pronostican mecanismos diferentes para uno y otro. Por lo que queda en los constituyentes precisar las diferencias y similitudes entre los derechos constitucionales y sus símiles, de acuerdo a algunos sectores de la doctrina, los derechos fundamentales son aquellos que están reconocidos en normas supranacionales, mientras otros señalan que los derechos constitucionales son aquellos que se encuentran señalados en la primera carta fundamental del país. En el caso peruano, el máximo intérprete de la constitución ha señalado que se tiene que entender cómo lo mismo los derechos fundamentales como los constitucionales, por lo que se tiene también los mismos mecanismos de protección, entre los mecanismos de protección de los derechos constitucionales o derechos fundamentales se encuentra, la acción de Habeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Inconstitucionalidad, Habeas Data y los otros que reconoce la Constitución Política del Estado. Estando al interés de nuestra investigación, presentamos el siguiente expediente:

**N° de expediente 0005-2019-05-23/99**

Fecha 03-feb-2020

*En el presente expediente hace referencia a que el investigado David Valverde Quintano, prestó servicio militar en la CIA-PM-N° 114-Cusco dándosele de alta en fecha 14 de enero del 2019, ausentándose de la institución, se formuló el Parte Administrativo, se desarrolló la investigación preparatoria, se hizo el control de acusación y finalmente en Juicio Oral se resolvió sentenciar al recluta por la comisión del delito de deserción, por haberse retirado del servicio militar, habiéndose impuesto una pena de cuatro meses de pena privativa de la libertad y el pago de S/. 400.00 soles de reparación civil a favor del*



*Estado.*

Del expediente llevado en contra de David Valverde Quintano, proceso en el que fue sentenciado a cuatro meses de pena privativa de la libertad y una reparación civil de S/ 400.00 soles, se observa que el recluta después de haber salido del servicio militar no volvió más a la institución castrense, cometiendo automáticamente el delito de deserción dado que la ley no contempla otras posibilidades de retiro del servicio militar voluntario, por lo que no existe la posibilidad de renunciar al mismo; en ese sentido, al no existir una posibilidad legal de renunciar al servicio militar, se evidencia una clara vulneración al derecho al libre desarrollo de personalidad que también tiene conexión con el derecho a la libertad personal; ante esta vulneración consideramos que el mecanismo que se puede plantear es la acción constitucional de Habeas Corpus, mecanismo que resulta necesario para la protección del derecho a la libertad del recluta, considerando que este permanece en el servicio militar en contra de su voluntad, toda vez que el deseo del recluta es retirarse de la institución mediante un mecanismo legal, pero este no existe, lo que constriñe al voluntario a permanecer en el servicio en contra de su voluntad para no incurrir en la comisión del delito de deserción.

- **Oportunidades**

Las oportunidades manifiestan que existen una serie de discrepancias en la sociedad, lo que obliga a adoptar medidas orientadas a lograr que el derecho a la igualdad no se termine en su reconocimiento formal (igualdad formal), sino que existan iguales oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los individuos (igualdad material), consideramos que el reconocimiento formal de las oportunidades es importante en una sociedad tan diferenciada como el nuestro, en una sociedad con tantas diferencias sociales, con marcadas clases sociales y marcadas clases económicas, en una sociedad en que existen personas sin posibilidad de acceso a oportunidades laborales, donde a veces el vivir es un reto y poder tener un futuro exitoso es una utopía, con familias que tienen posibilidad apenas para mantener la canasta familiar, pues se hace inevitable la presencia de la diferencia de las oportunidades para las personas, es así que dentro del servicio militar encontramos a personas que creen que mediante el Ejército del Perú pueden de algún modo salir de la pobreza, hecho que lamentablemente no ocurre.



N° de expediente 0091-2016-05-23/99

Fecha 06-noviembre-2019

*“El expediente del investigado Cristian Ernesto Ticona Hermosilla, quien ha prestado servicio militar en El BIM N° 4, dado de alta con fecha 01 de enero del 2015 siendo que el día 01 de enero del 2016 no regresó al servicio militar se formuló el parte administrativo, formalizándose la investigación preparatoria, realizándose el control de acusación y habiéndose llevado el juicio oral se sentenció por la comisión del delito de desertión a una pena de 4 meses de pena privativa de la libertad y el pago de S/. 300.00 soles de reparación civil a favor del Estado”.*

En el expediente seguido contra el recluta Cristian Ernesto Ticona Hermosilla, se formuló en su contra el parte administrativo y el consiguiente proceso penal militar policial por la comisión del delito de desertión quien en fecha 01 de enero del 2015 al 01 de enero del 2016 presto servicio militar, buscando conseguir el sueño de tener oportunidades laborales, oportunidad de inserción laboral y búsqueda de inserción laboral se enroló en las filas del Ejército incorporándose al servicio militar, una vez dentro del servicio militar se dio con la ingrata sorpresa de que sus proyectos solo eran una ilusión toda vez que en el servicio pudo darse cuenta que, después de cumplir los dos años de servicio no tendría mayores posibilidades en el mundo laboral, es así que haciendo un análisis de costo beneficioso entre el permanecer dos años de vida en el servicio militar para no lograr finalmente una oportunidad laboral no resulta razonable ni favorable, aspecto que ha ocurrido en esta oportunidad con el recluta Ticona Hermosilla, retirándose del servicio y fue sentenciado a una pena de cuatro meses de pena privativa de la libertad y la imposición de una reparación civil a favor del Estado.

- **Participaciones**

El acto de participar acarrea al individuo a desarrollar una conciencia de sí mismo, de sus derechos y de su pertenencia a un grupo o comunidad. Los ciudadanos que poseen menores posibilidades de participar en el desarrollo de nuestro país también tienen el anhelo de sumar en el desarrollo de nuestra nación, creen que pueden aportar desde al ámbito militar sumar con el desarrollo de nuestra sociedad.

Con ese anhelo es que los jóvenes ingresan al servicio militar creyendo que, dentro del servicio militar podrían sumar al desarrollo de la nación, esperando obtener por supuesto ciertos beneficios de la institución militar, beneficios que no se encuentran, beneficios que



no existen, beneficios que son ausentes; y es precisamente que la ausencia de estos beneficios hace que los reclutas obtén por abandonar el servicio militar y finalmente terminen siendo sentenciados por la comisión del delito de deserción ante la ausencia de un mecanismo de salida del servicio militar, que no contempla la Ley del Servicio Militar Voluntario.

**N° de expediente 0145-2018-05-23/99**

Fecha 10 de octubre 2019

*El investigado Noe Cárdenas Luque, prestó servicios en el Batallón de Servicios N° 9, fue dado de alta con fecha 22 de marzo del 2018 y se ausentó el 01 de mayo del 2018 Se formuló el Parte Administrativo, donde en juicio oral, se evidenció el delito de deserción, siendo sentenciado a 4 meses de pena privativa de libertad suspendida y al pago de S/. 400.00 soles de reparación civil a favor del Estado Ejército del Perú.*

En el presente expediente llevado en contra de Noe Cárdenas Luque se evidenció su ausencia del servicio militar desde el 22 de marzo del 2018 y se ausentó el 01 de mayo del 2018, hecho por el que fue sentenciado con la pena privativa de libertad suspendida y al pago de una reparación civil, se aprecia que el deseo que tiene el recluta de participar en el desarrollo de la nación se ve frustrada por la ausencia de una inadecuada regulación del servicio militar, que es regulada por la Ley 29248, ley en el que no se cuenta con las condiciones que le permitan al recluta realizar el servicio militar con medianos niveles de calidad de vida o incentivos que puedan hacer el servicio militar más atractivo y más fructífero para el ciudadano que lo realice, lamentablemente estas ausencias hacen que el voluntario renuncie al servicio militar y buscar otras posibilidades antes de perder dos años de su vida, dos años de su juventud, hecho que se produce en el presente caso, motivo por el que fue sentenciado a una pena privativa de la libertad.

- **Celeridad en el proceso**

Para la presente investigación se ha tomado en cuenta los procesos de deserción que se llevaron en el Tribunal Superior Militar Policial Sur Oriente Cusco, el mismo que tiene dos órganos fiscales y dos juzgados de investigación preparatoria, se observó en los procesos que los órganos fiscales y órganos jurisdiccionales han cumplido con los plazos de manera reglamentaria, se puede apreciar que los órganos fiscales y jurisdiccionales le dan celeridad a los procesos y que no se presenta oposiciones para sancionar a los reclutas por lo que resulta sencillo la mecánica para sancionar penalmente al desertor, para estos efectos se



presenta el siguiente expediente:

**N° de expediente 0075-2018-05-24/99**

Fecha 12 de diciembre 2019

*La procesada Flor Karina Quispe Ccorahua, prestó servicio en el CIA CMDO 114-Cusco del 22 enero del 2018 al 29 agosto del 2018 quedando ausente luego de la fecha indicada, se procedió a formular el parte administrativo, la investigación preparatoria y se concluyó con el juicio oral, emitiéndose la sentencia por la comisión del delito de deserción a una pena privativa de libertad y al pago de S/400.00 soles por concepto de reparación civil a favor del Estado.*

En el expediente llevado en contra de Flor Karina Quispe Ccorahua se estableció la comisión del delito de deserción, habiendo prestado servicio militar en la fecha de 22 enero del 2018 al 29 agosto del 2018, habiéndose retirado, siendo que fue sentenciada a una pena privativa de libertad suspendida en su ejecución y al pago de una reparación civil, mostrando que la celeridad en el ámbito administrativo para emitir el parte administrativo por ausente, así como se evidencia celeridad para establecer la responsabilidad penal al recluta.

- **Igualdad formal**

Atendiendo que la igualdad es un principio de existencia de la humanidad en que todos puedan tener igualdad en las condiciones en todos los ámbitos de su existencia, la igualdad también es adoptar medidas orientadas a lograr que el derecho a la igualdad, la expresión de la igualdad no debe agotarse en la sola afirmación formal, sino que la igualdad debe existir en la realidad, para estos efectos presentamos el siguiente expediente:

**N° de expediente 0063-2018-05-23/99**

Fecha 18-noviembre-2019

*El soldado José Daniel Huamán Yabar, prestó servicio militar habiendo solicitado permiso y no regresó, se formula el parte administrativo, donde en juicio oral de determino el delito de deserción, sentenciando al acusado a una pena de 4 meses de pena privativa de libertad y el pago de S/. 400.00 soles de reparación civil.*



El expediente referido a José Daniel Huamán Yabar se le realizó un proceso penal militar, en el mismo que se emitió una sentencia por la comisión del delito de deserción, recluta que solicitó permiso y no volvió más al servicio militar, imponiéndosele condena de cuatro meses de pena privativa de libertad y al pago de una reparación civil. En este caso se puede evidenciar a efectos del interés del investigador que, en el proceso del fuero militar se ha actuado en consideración con la igualdad formal, habiéndose resuelto el caso con respecto a las normas que regulan el proceso penal.

- **Igualdad informal o material.**

Existen iguales oportunidades para el ejercicio de los derechos esenciales por parte de todas las personas, se considera como igualdad material o informal. Estas medidas pueden implicar un trato desigual, lo que no es considerado como una discriminación sino una diferenciación que en oportunidades puede ser necesario a efectos de establecer responsabilidades en ciertas personas, para ello presentamos el siguiente expediente.

**N° de expediente 0028-2017-05/25/99**

Fecha 07-noviembre-2019

*El procesado Edgar Eugenio Suichiri Rivera presto servicio militar desde el 30 de abril del 2015 al 04 de octubre del 2016, quien salió de permiso y posteriormente no regreso en la fecha indicada, el ejército formulo el parte administrativo, donde en el juicio oral realizado se evidencio la existencia del delito de deserción, sentenciándose al acusado a 04 meses de pena privativa de la libertad y 400 soles de reparación civil.*

**N° de expediente 0093-2017-05-23/99**

Fecha 07-noviembre-2019

*El acusado Boris Chauca Quispe presto servicio militar en el GAC N° 3 desde 01 de julio 2013 hasta el 14 de julio del 2014 posteriormente a la fecha indicada él no regreso más al servicio militar, constituyéndose el delito de deserción siendo sentenciado a 4 meses de pena privativa de libertad y el pago de 300 soles de reparación civil,*

Finalmente, para el expediente referido a Boris Chauca Quispe, donde ante su ausencia en el servicio militar, se realiza el parte administrativo, posteriormente se apertura la investigación preparatoria por el delito de deserción, la que culmina con la emisión de una sentencia por la comisión del delito de deserción, siendo condenado a una pena privativa de



la libertad y al pago de una reparación civil, evidenciándose que en los procesos del fuero militar policial se da la existencia de la igualdad formal, cuando realizan acciones que no estén contempladas en el proceso penal del fuero común por las particularidades que posee el Código Penal Militar Policial.

### **3.2 Resultados respecto al objetivo general**

Determinar los Derechos Fundamentales vulnerados por la ausencia de regulación del desistimiento en la Ley de Servicio Militar Voluntario, Ley 29248.

Los diferentes casos obtenidos demuestran que existe una vulneración a los derechos fundamentales debido a que no existe un instrumento en la Ley de Servicio militar Voluntario, Ley 29248, que posibilite la salida del servicio militar, no existe tal regulación, esto se demuestra que todos los delitos están tipificados como deserción por razones a que presentaron solicitudes de permiso y no regresaron, los casos tienen diferentes matices y lo que señalan los reclutas desertores son que se retiran por motivos familiares o personales. pero en realidad tienen el fondo del descontento personal de haber sido engañados por la entidad, estos hechos son considerados dentro del fuero militar policial como delito de deserción y para ello la sanción que se les impone son la pena privativa de libertad suspendida y el pago una reparación civil, entonces del análisis de los diferentes casos se demuestra que la motivación de deserción por los voluntarios están marcados en que no se les cumplieron con las promesas que fueron promovidas antes de presentarse a dicha institución, y al no verse en la realidad deciden dejar de lado el servicio, como se indica es voluntario, pero la entidad militar no lo entiende así, generándose así una vulneración a sus derechos fundamentales sin interés de mejorar su imagen como institución.

### **3.3. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos**

De los hallazgos que hemos tenido se ha podido observar que la Ley del Servicio Militar Voluntario vulnera los derechos fundamentales de la persona, al no contemplar la posibilidad de renuncia del Servicio Militar Voluntario, renuncia que en otros ámbitos de las actividades sociales son permitidas, como es el caso de los contratos laborales realizados ante una entidad privada o pública del que la persona en uso de su autonomía puede renunciar, resolver o rescindir el contrato; sin embargo, la Ley del Servicio Militar Voluntario Ley 29248, no permite realizar dicha renuncia, en ese entendido el recluta una vez ingresado al servicio militar no podría salir del mismo así no quiera permanecer en ella hasta haber cumplido los dos años de servicio, lo que de manera palmaria constituye una vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad y al derecho de la igual; más



aún la Ley del Servicio Militar al no regular la renuncia del servicio militar obliga a actuar a la persona en contra de sus convicciones y de su conciencia al pretender obligar precisamente a algo que no quiere o no desea realizar.

Tal como hemos señalado líneas arriba, entre los derechos fundamentales vulnerados por la ausencia de regulación del desistimiento en la Ley del Servicio Militar Voluntario es el derecho al libre desarrollo, regulado en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, pues se debe entender que “el libre desarrollo de la persona no es sino lo que en términos de antropología filosófica se llama su realización como ser humano.

Como se ha señalado, los reclutas ingresan al servicio militar con la finalidad de ocuparse en una actividad o insertarse a la sociedad o de algún modo al mundo laboral, sin embargo, una vez en el interior del servicio militar resulta que la actividad que pensaban desarrollar el recluta resulta ser muy diferente a lo que había planificado, ante ello es necesario reflexionar ante la luz de lo que establece en el artículo 2, inciso 15, de nuestra Constitución Política del Perú de 1993, reconoce la libertad de trabajo como un derecho. Toda persona posee el derecho a: 15. A laborar libremente, sujeta a ley. La libertad de trabajo va a consistir en el derecho en el cual toda persona decide si trabaja o no, la actividad y para quien, está proclamada en nuestra Constitución (artículo 2,15 y 59) y por numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 23.1) el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 6.1) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículo XIV) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 6.1). No puede obligarse a una persona a trabajar, lo contrario significaría promover el trabajo forzoso. Lo cual es totalmente contradictorio con los principios y derechos fundamentales en el trabajo, cuya finalidad es la búsqueda del trabajo decente y que entre otros aspectos contiene la eliminación de toda forma de trabajo forzoso. Sobre este tema, “La OIT, plantea, en el marco de su Agenda Hemisférica para la promoción del trabajo decente, lineamientos de políticas orientados a fomentar la toma de conciencia de gobiernos y actores, generar información para apoyar la formulación de políticas; adecuar la legislación para considerar el trabajo forzoso como delito grave e incrementar la efectividad de su sanción”.

Otro derecho lesionado se encuentra en el artículo 23 de la Constitución Política del Perú de 1993, que regula El Estado y el Trabajo, y prescribe que: “Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”. Por tanto, para realizar cualquier labor de carácter eficiente y productivo, cualquier trabajo tiene que haber



consentimiento de la persona; es decir, tiene que haber una voluntad de trabajo, lo contrario también significaría un trabajo forzoso, lo cual no está permitido por nuestra legislación constitucional, por lo que obligar a la persona a cumplir dos años de servicio sin su consentimiento u obligar al recluta a realizar una actividad vulnerando su consentimiento y su voluntad vulnera lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Política del Estado, fruto de la ausencia de la regulación del desistimiento son las deserciones que se producen en la Quinta Brigada de Montaña de la ciudad del Cusco.

La ausencia de la regulación del desistimiento del Servicio Militar Voluntario vulnera el derecho a la igualdad, dado que desde el punto de vista del derecho laboral existe la posibilidad de desistir o renunciar dado que se puede entender que el desistimiento es la decisión libre del trabajador de separarse de su empleo en ejercicio de su derecho, por lo que se trata de un acto unilateral del trabajador, y que inclusive no requiere de la aprobación por parte del empleador, es un acto de libre voluntad. “La decisión del trabajador de poner fin a la relación laboral, constituye causa suficiente para la extinción válida de esta, en ese sentido es posible la renuncia en el ámbito laboral lo que no se presenta en la Ley del Servicio Militar Voluntario Ley 29248, sumando tal consideración al razonamiento que sostenemos respecto a la vulneración del derecho a la igualdad, pues existe la renuncia en todos los ámbitos y entes de la sociedad menos para los reclutas que ingresan a prestar servicio militar.

Se muestra una clara vulneración de los derechos fundamentales de los reclutas y estos eventos de vulneración de los derechos fundamentales de las personas concuerdan con los estudios de War Resister Internacional (2005) en cuyo artículo académico intitulada “Servicio militar en los Estados Unidos de América: Cuestiones sobre Conciencia y Derechos Humanos”. Documento en el cual se ofrece una aproximación sobre los problemas de derechos humanos relacionados con las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América limitado a asuntos relacionados con la guerra y la conciencia, en esa línea nuestra investigación coincide con los datos obtenidos cuando se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales en los voluntarios de la Quinta Brigada de Montaña, sentenciados por el Tribunal Superior Militar Policial Sur Oriente Cusco, institución del que se ha tomado los procesos de deserción.

La ausencia de regulación del desistimiento en la Ley del servicio militar Voluntario Ley 29248, vulnera el derecho a la objeción de conciencia, dado que al no permitírsele la salida se obra en contra de su voluntad y de su conciencia; por tanto, en contra de lo que establece nuestra norma constitucional en esa línea coincide con lo desarrollado por Arrieta & De La Cruz en su artículo académico intitulado “La objeción de conciencia como



mecanismo de protección frente al servicio militar obligatorio en Colombia” donde se concluye que el Estado colombiano ha avanzado en materia del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia por vía jurisprudencial, ello concuerda con lo que se ha señalado en nuestra investigación respecto a la vulneración de los derechos fundamentales, afirmando nuestros resultados obtenidos.

Respecto al estado de vulnerabilidad de las personas en el Servicio Militar Voluntario, hemos señalado que las personas que se encuentran en el servicio militar, por el grado, la posición social y la situación en la que se centran, ingresan a un círculo de gran vulnerabilidad, lo que concuerda con el Centro de estudios y promoción del desarrollo, Desco, (2009) en su documento intitulado “Personal militar en situación de vulnerabilidad en el Perú” documento en el que se ha concluido que el personal del sector defensa padece una situación de alta vulnerabilidad respecto del cumplimiento de sus derechos. Nuestra postura coincide con lo señalado en dicho trabajo, dado que los reclutas enlistados se encuentran en una situación de vulnerabilidad, al igual que las mujeres, por lo que afirmamos que estos fenómenos son causados por una variedad de factores; Entre ellos se encuentran prácticas institucionales consolidadas y unificadas en las fuerzas armadas y el asociado reconocimiento de la especialización del sector defensa como excepción a la implementación de estas políticas Fortalecimiento del marco de garantías y derechos universales de las personas. En tales casos, la vida militar depende de la realidad y establece reglas no oficiales. Las normas informales ponen en peligro el ejercicio de los derechos fundamentales y las condiciones para el desarrollo humano del personal militar y las mujeres porque están confinados a organizaciones jerárquicas y dominadas por hombres, como las fuerzas armadas. Estos datos son consistentes con los obtenidos en las entrevistas.

Es importante señalar que la Ley del Servicio Militar Voluntario, al no regular la salida del servicio militar voluntario, vulnera el derecho a la igualdad toda vez que mientras esta norma no permite el retiro del servicio militar, la ley que regula la carrera y situación de la Policía Nacional del Perú, permite el retiro de la institución a solicitud del personal, en esa misma línea la ley que regula la carrera y situación de las fuerzas armadas, también permite el retiro del personal militar a solicitud de los efectivos, por lo que nos viene de obligado la pregunta de; ¿Por qué si en otras normas se permite el retiro de los efectivos a *su solicitud*, porque ello no puede suceder con el personal del servicio militar voluntario? Como ya hemos desarrollado de manera amplia en el presente trabajo, la Ley del Servicio Militar Voluntario, les otorga a los reclutas un trato muy desigual y hasta se podría considerar como discriminatorio, por lo que de manera palmaria esta norma vulnera los derechos



fundamentales de la persona.

La misma norma que regula el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas es una norma que vulnera los derechos fundamentales de la persona así lo señalado en el presente trabajo coincide con lo que señaló Soria en su tesis denominada “Régimen disciplinario de las fuerzas armadas y la vulneración del derecho al libre desarrollo de la persona humana”, concluyo que, la Ley N° 29131 “Ley del régimen disciplinario de las fuerzas armadas.”, adopta una concepción restrictiva de derechos fundamentales; para tutelar la disciplina, requiere de la obediencia absoluta del ser humano, afectando su derecho de libre desarrollo, su dignidad y su entereza. En el mismo trabajo, resulta coincidente con el nuestro, que la base parece ser neutral. Sin embargo, su aplicación tiene un claro efecto discriminatorio en los jóvenes soldados y vulnera fundamentalmente el derecho humano al libre desarrollo, pues se considera una falta disciplinaria, como es el matrimonio sin autorización de la superioridad, denunciar una relación con un empleado de la misma institución, trabajo del que se presentan resultados similares a los obtenidos en la presente investigación.

- **Limitaciones del estudio**

No se encontraron antecedentes locales que investigan la variable en entidades militares.

El acceso a la información de parte de la entidad militar y acceso a los sentenciados que no están en el interés de brindar información del tema a tratar.

Desconocimiento por parte de los responsables acerca de la situación en derechos fundamentales y los participantes que no lograron brindar información por ser de un caso que demuestra la confidencialidad de los actores involucrados por ser casos en el fuero militar.

- **Comparación crítica con la literatura existente**

Luis Castillo y Córdova (2005) indica que “con la expresión Derechos constitucionales se puede hacer referencia a ese conjunto de facultades o atribuciones de la persona que son recogidas y garantizadas en la norma constitucional. El empleo de esta expresión no genera mayores complicaciones debido a que se está calificando un derecho según el nombre de la norma que lo contiene”. Dichas razones atribuyen a que los derechos fundamentales en la presente investigación son vulnerados porque no se garantiza la norma constitucional para las personas que realizan el servicio militar voluntario.



Para Bernal (2015) los derechos fundamentales son una clase especial de derechos subjetivos cuya diferencia específica estriba en su carácter fundamental. Es por ello que el propósito de esclarecer el concepto de derechos fundamentales presupone, por una parte, aclarar el concepto de derechos subjetivos y por otra, establecer qué debe entenderse por carácter fundamental. Para el autor, respecto con los datos obtenidos presentados, no hay un carácter fundamental en los voluntarios militar, ello porque no son aceptados dentro de sus deserciones como aspecto ético sino más bien como vergüenza frente a los demás.

Para Sánchez (2014) los derechos fundamentales, en definitiva, universales, entendí el término en el sentido de que todos los hombres son propiedad de todos los hombres, es decir, entre todos los hombres existe una estricta igualdad jurídica básica, menciono los derechos fundamentales. No puede ser de otra manera, pues todos los hombres comparten de la misma manera la misma naturaleza: el ser es aquello que es un todo; No hay jerarquía cuando se trata de tener un núcleo. Para esta parte se comprueba que lo indicado por el autor se representa en la vulneración de los derechos fundamentales en los diversos casos presentados.

Para Del Moral (2012) en el derecho al libre desarrollo de la personalidad radica en los derechos fundamentales cuyo fin es defender un campo importante del individuo, es decir, formular su plan o proyecto que es importante, pero al mismo tiempo describe un conjunto común de conductas porque ciertamente incluye, como criterio abierto, diferentes posibilidades de conducta o conductas que pueden ser completamente diferentes, a través de las cuales los individuos ejercen este derecho, asegurando así que la acción autorizada pueda ser contra terceros. Así, el libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental se presenta como garantía de las alternativas, comprometiéndose a realizar todas las acciones posibles. Se comprueba que si se hace una vulneración de los derechos en cuanto a la personalidad en la esfera del individuo, como es el voluntario militar.

Finalmente, la Ley del Servicio Militar, 2012, en el art. 10 establece como fin educar y capacitando y entrenando al pueblo peruano en la edad de servicio militar obligatorio en las instalaciones de las fuerzas armadas, para que esté en condiciones de servir a la nación en defensa de su soberanía e integridad territorial, con las tareas que le son encomendadas. La constitución política del Perú las define como legales. por la República. La cual en todo el proceso de la investigación se demuestra que, si se presenta de esa manera, pero se debe expresar que en los casos de deserción no busca entender los derechos fundamentales, más al contrario son sentenciados con la alta rigurosidad sin entender los derechos humanos.



- **Implicancias del estudio**

Se determinó los Derechos Constitucionales vulnerados por la falta de regulación del desistimiento en la Ley de Servicio Militar Voluntario, Ley 29248, a través de los resultados obtenidos por la investigación desde la interpretación del investigador.

Además, tiene implicancia práctica, ya que las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo servirán de guía para futuras investigaciones relacionadas con las mismas categorías y situaciones.

Los resultados servirán de guía para problemas de derechos fundamentales en casos de servicios militar voluntario, donde el respeto de los derechos fundamentales debe ser más entendida y comprendida por la sociedad civil y por el Estado a efectos de que no se continúe con la vulneración de los derechos fundamentales.



## CONCLUSIONES

**PRIMERO:** Se ha determinado que la Ley del Servicio Militar Voluntario, Ley 29248 lesiona el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad dado que no permite a la persona actuar con autonomía y libertad para renunciar al servicio militar cuando estos constaten el incumplimiento de los compromisos de parte del Ejército del Perú, así en la investigación se ha podido determinar que la Ley del Servicio Militar Voluntario vulnera este derecho constitucional y no permite su actuación con libertad conexas con el derecho al bienestar de los reclutas, toda vez que la referida norma no otorga al ciudadano la posibilidad de acudir al Ejército del Perú para solicitar y pedir la renuncia al servicio.

**SEGUNDO:** La investigación ha demostrado que la Ley del Servicio Militar Voluntario vulnera el derecho a la igualdad, en virtud que; todas las normas que regulan la situación del personal de las instituciones castrenses tanto en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú consideran la posibilidad de retirarse de dichas instituciones; “A SU SOLICITUD” del personal, facultad que no se encuentra contemplada en la Ley del Servicio Militar Voluntario evidenciando de manera palmaria la vulneración al derecho de igualdad, asimismo tenemos que referir que el desistimiento se encuentra dentro del ámbito laboral como la renuncia; y éste es un derecho que puede ser ejercido dentro del ámbito del derecho laboral público y también dentro del derecho laboral privado, mecanismo que no ha sido considerado por la Ley del Servicio Militar Voluntario, vulnerando el derecho a la igualdad de las personas.

**TERCERO:** Se ha acreditado en la investigación, que la Ley del Servicio Militar Voluntario no permite la renuncia al servicio militar, obligando al recluta cumplir dos años de servicio conforme establece esta norma, de lo contrario al no existir mecanismos legales para desistir del mismo, se ve obligado a desertar; habiéndose determinado que no existe la posibilidad de renuncia, es necesaria que la Ley del Servicio Militar Voluntario debe incorporar en su contenido la posibilidad de la renuncia al servicio militar a efectos de evitar la vulneración de los derechos al bienestar, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad de los reclutas.



## RECOMENDACIONES

**PRIMERO:** Implementar los mecanismos de control para que las Fuerzas Armadas cumplan con los compromisos que adoptan al momento de realizar la captación de los reclutas, de tal manera que no se incorpore al servicio militar a personas que se generan expectativas que en el desarrollo del mismo no se presentan; en ese sentido se debe instruir a los reclutas de los reales deberes y derechos que tendrán dentro del servicio militar, asimismo se les debe explicar de los beneficios reales que les serán entregados dentro del servicio, evitando de ese modo la publicidad engañosa que en la actualidad se viene dando a los efectivos del servicio militar, consecuentemente se debe establecer las responsabilidades legales a los efectivos militares que incurran en estos actos.

**SEGUNDO:** Se debe realizar el reconocimiento de la renuncia al servicio militar, toda vez que se ha evidenciado que sólo la Ley del Servicio Militar Voluntario no permite la renuncia, cuando en otras normas y otros regímenes laborales si se permite que las personas en el uso del derecho al libre desarrollo de la personalidad y dentro de su autonomía personal, pueden decidir con libertad la renuncia; por lo que resulta necesario incorporar este mecanismo a la Ley 29248 Ley del Servicio Militar Voluntario.

**TERCERO:** Se supera la deficiencia normativa de ausencia de regulación del desistimiento en la Ley 29248, con la incorporación del Artículo 41-B a la Ley del Servicio Militar Voluntario; con el texto siguiente: LAS BAJAS DEL SERVICIO MILITAR EN EL ACTIVO SE PRODUCEN A SOLICITUD DEL RECLUTA DENTRO DE LOS TRES MESES DEL SERVICIO MILITAR POR LAS SIGUIENTES CAUSALES: A) CUANDO NO SE HAYA CUMPLIDO CON LOS COMPROMISOS ADOPTADOS POR LA INSTITUCIÓN MILITAR Y B) CUANDO HAYA UN INTERÉS SUPERIOR ACREDITADO; COMO CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, EL NACIMIENTO DE UN HIJO, LA PRESENTACIÓN DE UNA OFERTA LABORAL ACREDITADA de tal manera que exista la posibilidad de que los reclutas tengan una herramienta para recurrir al órgano estatal en uso de su autonomía y libertad personal la renuncia al servicio conforme se contempla en todas las legislaciones castrenses de Estado peruano.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuña, M. M. (2010). ¿Qué entendemos por Derechos Humanos y Derechos Fundamentales? *Justicia*, 151-161.
- Alegre, M., Montero, J., & Monti. (2015). Igualdad. En Z. J. Fabra, & B. V. Rodríguez, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ander-Egg, E. (1974). *Aprender a Investigar*. Editorial Brujas.
- Arrieta, B., & De La Cruz, J. (2016). La objeción de conciencia como mecanismo de protección frente al servicio militar obligatorio en Colombia. *Revista Vis Iuris*, 9-26.
- Bernal, P. C. (2015). Derechos Fundamentales. En Z. J. Fabra, & B. V. Rodríguez, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría General de la Política*. Trotta.
- Caso Yvon Neptune vs Haití, Caso Yvon Neptune vs Haití (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de mayo de 2008).
- Castillo-Córdova, L. (2005). La finalidad del Habeas Córpus. *Revista peruana de*, 31-54.
- Castillo-Córdova, L. (2005). Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde Teórico. *Revista peruana de jurisprudencia*.
- Castro, C. (2016). *Algunos Aspectos De La Justicia Militar*. Santillana.
- Centro de estudios y promoción del desarrollo, Desco. (2009). *Personal militar en situación de vulnerabilidad en el Perú*. Biblioteca nacional del Perú.
- Contreras, S. (enero de 2012). Ferrajoli y los Derechos Fundamentales. *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, 16(1).
- Defensoría del Pueblo. (2013). *Propuestas para el fortalecimiento del Servicio militar voluntario*. Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú.
- Del Moral, F. A. (2012). El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Cuestiones Jurídicas*, 63-96.
- Delgado, C. (2019). *Delito de deserción y abandono de destino*. Zaragoza.
- Exp. 0008-2003-AI/TC, Exp. 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 2003).
- Fernández, C. (1996). El Daño al Proyecto de Vida. *Derecho PUCP*, 52.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014).



- Metodología de la investigación.* Mc Graw Hill.
- Huerta Guerrero, L. A. (2013). *El proceso Constitucional de habeas corpus en el Perú.* UNAM.
- Huerta, G. L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento constitucional.*
- La República. (27 de marzo de 2013). CNDDHH: Servicio militar atenta contra derechos constitucionales de los jóvenes. *La República.*
- Ley del Servicio Militar. (11 de diciembre de 2012). Diario Oficial El Peruano. Congreso de la República.
- León-Vásquez, J. (2005). *La Constitución Comentada. Tomo II.* Gaceta Jurídica.
- Luna, V. C. (2008). La Libertad Contractual. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 155.
- Neves, J. (2001). Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en. *Derecho y Sociedad*, 24-25.
- Nogueira, A. H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales.* Universidad Nacional Autónoma de México.
- Noguera Alcála, H. (2003). *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales.* UNAM.
- Paredes Infazón, J. (2010). *Análisis de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley N° 29497.* PUCP.
- Rodríguez, N. (2016). La problemática del servicio militar obligatorio. *Derecho y Realidad*, 61.
- Sánchez, M. Á. (2014). Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales. *Eikasia Revista de Filosofía.*
- Soria, M. (s.f.). *Régimen disciplinario de las fuerzas armadas y la vulneración del derecho al libre desarrollo de la persona humana.* Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo-Perú.
- Sosa-Sacio, J. (2012). *Derecho al libre desarrollo de la personalidad. La Constitución comentada. Tomo I.* Gaceta Jurídica.
- Villegas, A. G., & Toro, G. J. (2010). La igualdad y La equidad: dos conceptos clave en la agenda de trabajo de los profesionales de la familia. *revista latinoamericana de estudios de familia*, 98-116.
- War Resister Internacional. (2005). *Servicio militar en los Estados Unidos de América: cuestiones sobre conciencia y derechos humanos.*
- Zelada Bartra, J. V. (s/f). *Marco Jurídico de la acción de garantía constitucional: habeas*



*corpus.* Obtenido de [sisbib.unmsm.edu.pe](http://sisbib.unmsm.edu.pe):  
[http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/zelada\\_bj/cap4.pdf](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/zelada_bj/cap4.pdf).



## APENDICES



<b>TÍTULO: DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE REGULACIÓN DEL DESISTIMIENTO EN LA LEY DE SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO (LEY N° 29248)</b>				
<b>Problema General</b>	<b>Objetivo General</b>	<b>Categorías</b>	<b>Sub-Categorías</b>	<b>Metodología</b>
¿Cuáles son los Derechos Constitucionales vulnerados por la falta de regulación del desistimiento en la Ley de Servicio militar voluntario, Ley 29248?	Determinar los Derechos Constitucionales vulnerados a razón de la falta de regulación del desistimiento en la Ley de Servicio Militar Voluntario, Ley 29248.	Derechos Constitucionales	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Libre desarrollo de la personalidad</li> <li>• Igualdad</li> </ul>	<b>Diseño Metodológico:</b> No experimental <b>Técnicas e instrumentos de recolección de datos</b> <b>Técnicas</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Entrevista</li> <li>- Estudio de casos Judiciales</li> </ul> <b>Instrumentos</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Guía de Entrevista</li> <li>- Análisis documental</li> </ul>
<b>Problemas Específicos</b>	<b>Objetivos Específicos</b>			
1. ¿Cómo es la vulneración del derecho de libre desarrollo de la personalidad por la falta de regulación del desistimiento en la Ley del Servicio militar, Ley 29248?  2. ¿Cómo es la vulneración del derecho a la igualdad por la falta de regulación el desistimiento en la Ley del Servicio militar, Ley 29248?	3. Identificar la forma de vulneración al derecho de libre desarrollo de la personalidad por la ausencia de regulación del desistimiento en la Ley del Servicio Militar Voluntario, Ley 29248.  4. Determinar la vulneración del derecho a la igualdad por la falta de regulación el desistimiento en la Ley del Servicio Militar Voluntario, Ley 29248.			



### FICHA TÉCNICA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

<b>INSTANCIA</b>	
<b>N° de EXPEDIENTE</b>	
<b>Fecha</b>	
<b>Miembros del Tribunal</b>	
<b>Procesado/investigado</b>	
<b>Caso</b> - <b>Hechos/resumen</b>  - <b>Antecedentes procesales</b>	
<b>Problema jurídico</b> - <b>Contenido temático</b> - <b>Contestación</b>	
<b>Planteamiento del problema</b>	
<b>Resolución del problema/FALLO</b>	
<b>Comentarios/Análisis crítico</b>	



CONGRESO DE LA REPUBLICA

## PROYECTO DE LEY N°

*“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”*

### **PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTICULO 41 -B, A LA LEY N° 29248 LEY DEL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO.**

El Ilustre Colegio de Abogados del Cusco, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa previsto en el artículo 107<sup>3º</sup> de la Constitución Política del Estado, presenta la siguiente propuesta legislativa<sup>4</sup>:

El Congreso de la República

Ha dado la ley Siguiente:

#### **I.**

#### **FORMULA LEGAL**

**“PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTICULO 41-B A LA LEY N°  
29248° LEY DEL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO EN EL EJÉRCITO DEL  
PERÚ”**

<sup>3</sup> La Constitución Política del Perú en su Artículo 107°. - establece, el presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes. También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo, lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley

<sup>4</sup> Asimismo, el Artículo 108°, de la Constitución Política del Estado establece. - La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el presidente de la República, la promulga el presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. Si el presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso. Reconsiderada la ley por el Congreso, su presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso



### **Artículo 1. Objeto de la Ley**

El objeto de la Ley es la incorporación del Artículo 41-B a la Ley N.º 29248 Ley del Servicio Militar Voluntario en el Ejército del Perú.

### **Artículo 2. Incorporación del Artículo 41-B a la Ley del Servicio Militar Voluntario.**

Incorpórese el Artículo 41-B a la Ley N.º 29248 Ley del Servicio Militar Voluntario en el Ejército del Perú, cuyo texto queda redactado de la siguiente manera:

**Artículo 41-B.** Las bajas del Servicio Militar en el Activo se producen a solicitud del recluta dentro de los tres meses del servicio militar por las siguientes causales:

- a) Cuando no se haya cumplido con los compromisos adoptados por la institución militar.
- b) Cuando haya un interés superior acreditado; como la celebración del matrimonio, el nacimiento de un hijo, la presentación de una oferta laboral acreditada.



## II.

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES:

En la actualidad el marco normativo que regula las bajas del servicio militar en el Artículo 41° de la ley 29248 Ley del Servicio Militar Voluntario de las fuerzas armadas señala lo siguiente.

#### *Artículo 41.- De las bajas*

*Las bajas del Servicio Militar en el Activo se producen por:*

- a. Tiempo cumplido.*
- b. Medida disciplinaria.*
- c. Pena privativa de libertad efectiva impuesta por sentencia judicial, consentida o ejecutoriada.*
- d. Medidas restrictivas de la libertad dispuestas por la autoridad judicial con un plazo mayor de seis (6) meses.*
- e. Incapacidad física o psíquica que impida cumplir con el servicio.*
- f. Fallecimiento.*
- g. Desaparición o ausencia judicialmente declarada.*
- h. Alistamiento indebido.*

Como se observa en el Artículo 41° de la Ley 29248 Ley del Servicio Militar regula las formas o modos como un recluta puede retirarse del servicio militar, observándose que en ninguno de los literales se puede apreciar que el efectivo tenga la posibilidad de retirarse a solicitud del mismo vale decir no se le otorga la posibilidad de expresar su voluntad siendo así, tendría que estar obligado a cumplir indefectiblemente los dos años de servicio militar, aspecto que consideramos que vulnera derechos constitucionales de la persona.

Es preciso observar que en la legislación militar y policial se encuentra regulado este



aspecto en el que un efectivo militar o policial puede renunciar la pertenencia a la institución en pleno uso de su libertad personal, así se aprecia por ejemplo en la **Ley N° 1149 Ley vigente de la Policía Nacional del Perú en su Artículo 83°** establece en qué circunstancias un efectivo policial puede retirarse de la Policía Nacional del Perú prescribiendo el mismo de la siguiente manera:

*Artículo 83°.- Pase a la situación de retiro*

*El personal pasa a la situación de retiro al estar incurso en cualquiera de las causales siguientes:*

- 1) Límite de edad en el grado;*
- 2) Tiempo de servicios reales y efectivos;*
- 3) Renovación de cuadros;*
- 4) Enfermedad o incapacidad psicossomática;*
- 5) Límite de permanencia en la situación de disponibilidad;*
- 6) Medida disciplinaria;*
- 7) Insuficiencia profesional;*
- 8) Sentencia judicial condenatoria, por delito doloso conforme al artículo 93°;*
- 9) A SU SOLICITUD; o,*
- 10) Encontrarse por segunda vez en situación de disponibilidad.*

*Las causales señaladas se aplicarán de conformidad con lo establecido en los Artículos 84° al 95° del presente Decreto Legislativo*

Del que podemos advertir que en su numeral 9° establece que el personal de la Policía Nacional del Perú puede pasar a la situación de retiro **A SU SOLICITUD**, lo que indudablemente le otorga al efectivo policial la posibilidad de renunciar en uso de su autonomía y su libertad plena.



De la misma manera el *Decreto Legislativo que modifica la Ley 28359 Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas Decreto Legislativo 1143* *establece* las formas de como un efectivo militar puede dejar de pertenecer a la institución castrense señalando de la siguiente manera:

*"Artículo 44°. - Causales de retiro El Oficial pasa a la situación de retiro por cualquiera de las siguientes causales:*

- A) Límite de edad en el grado.*
- B) Cumplir cuarenta (40) años de servicios.*
- C) Renovación.*
- D) Enfermedad o incapacidad psicosomática.*
- E) Límite de permanencia en situación de disponibilidad.*
- F) Medida disciplinaria.*
- G) Insuficiencia profesional.*
- H) Sentencia judicial.*
- I) Cese en el cargo de Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas o de Comandante General de cada una de las instituciones armadas.*
- J) Límite de veces sin alcanzar vacante en el Proceso de Ascenso.*
- K) **A SU SOLICITUD.***
- L) Participar en la ruptura del orden constitucional*

Como se puede apreciar en el literal “k” del Artículo 44 del Decreto Legislativo 1143 establece la posibilidad que tienen los efectivos militares de retirarse de la institución en el momento y cuando ellos lo consideren oportuno en su vida, en uso pleno de su libertad y autonomía personal.

Así las cosas, se evidencia una clara diferencia en las normas que regulan el retiro en el personal de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas, aspecto que consideramos



que se trata de una desigualdad o trato discriminatorio a los ciudadanos que ingresan a prestar el servicio militar voluntario lo que claramente vulnera derechos constitucionales como el derecho a la igualdad, derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al bienestar.

Consideramos que el principio constitucional de igualdad también debe amparar a los reclutas que ingresan al servicio militar engañados con falsas promesas, quienes en el interior del mismo se dan con la ingrata sorpresa de que nada de las promesas existen en el interior del servicio militar.

Al respecto, es necesario señalar lo que establece el “Artículo 2º de la Ley 29248 Ley del Servicio Militar Voluntario, cuando reconoce que ...//...El Servicio Militar es una actividad de carácter personal. Mediante ella, todo peruano puede ejercer su derecho y deber constitucional de participar en la Defensa Nacional. Es prestado por varones y mujeres sin discriminación alguna, a partir de los dieciocho (18) años de edad.

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

Asimismo, el Artículo 3 de la misma norma señala que el respeto a la persona La dignidad y los derechos fundamentales de la persona son valores que todo integrante de las Fuerzas Armadas tiene la obligación de respetar y el derecho de exigir.

Este precepto es repetido por el Reglamento de la Ley 29248 Ley del Servicio Militar Voluntario, en su Artículo 3º, señalando que el respeto a la persona la dignidad y los derechos fundamentales del personal que cumple el Servicio Militar, se encuentran garantizados en la Constitución Política, además en las Leyes y Reglamentos Institucionales, así como en los Convenios Internacionales, todo lo cual regirá durante el periodo en que el personal se encuentre cumpliendo Servicio Militar y son valores que todos tienen la



obligación de respetar y el derecho de exigir.

Debemos tener en cuenta también que el Artículo 6 de la Ley 29248, Ley del Servicio Militar Voluntario hace referencia a la prohibición del reclutamiento forzoso, precisando que ...//... Prohíbese el reclutamiento forzoso como procedimiento de captación de personas con la finalidad de incorporarlas al Servicio Militar.

De lo antes señalado se puede observar que la norma contempla que lo establecido en el Artículo 2º de la Constitución Política del Estado que protege constitucionalmente los derechos de la persona, justamente ello no se cumple dentro del servicio militar, es precisamente lo contrario lo que establece la Ley 29248 Ley del Servicio Militar Voluntario, pues en el desarrollo de la investigación se ha determinado que las personas que ingresan al servicio militar sufren violaciones a los derechos fundamentales que se ha señalado ut supra.

A mayor precisión se advierte que el fin de la Ley 29248 es brindar beneficios y oportunidades a la persona, aspecto que es realidad no se cumple, cuando se hace ingresar a las personas al servicio militar con engaños y brindándoles información falsa y pese a ese embaucos la norma les exige permanecer en el servicio militar durante dos años; y; si no las cumplen los reclutas son sentenciados indefectiblemente a una pena privativa por la comisión del delito de deserción contemplado en el Artículo 105 del Código Penal Militar Policial.

## **2. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA**

En esa línea de razonamiento el Artículo 2º de la Constitución Política del Estado contempla el derecho al libre desarrollo y al bienestar, al respecto SOSA SACIO Juan Manuel “derecho al libre desarrollo de la personalidad (Comentario al Artículo 2º de la Constitución) en: La Constitución Comentada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2012 p. 65 y ss, señala que el Artículo 2.1 de la Constitución hace referencia – entre otros – a dos



derechos fundamentales: el derecho al libre desarrollo y el derecho al bienestar. Ambos son bienes constitucionales ciertamente novedosos, cuyos contenidos – si bien han sido poco desarrollados y estudiados- son de máxima importancia para el Estado constitucional, así como para la realización de cada persona.

El mismo tratadista señala que estos derechos garantizan, aunque de distinta forma, ámbitos de libertad y realización humana. Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, establece libertad general de acción, es decir, la posibilidad de que cada quien haga lo que prefiera, sin que pueda establecerse límites inconstitucionales a ello; mientras que el derecho al bienestar es una garantía para que cada persona pueda “estar bien” o “tener una vida buena”, entonces estos derechos plantean dos modelos esenciales de libertad real: la libertad de acción (libre desenvolvimiento de la personalidad) y la libertad real (derecho al bienestar) ambos diferentes a la libertad negativa o de abstención.

Así el profesor SOSA SACIO Juan Manuel “derecho al libre desarrollo de la personalidad (Comentario al Artículo 2º de la Constitución) en: La Constitución Comentada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2012 señala que se garantiza la libertad constitucionalmente cuando se entiende la libertad es un pilar esencial del constitucionalismo. Es más: en sus orígenes el constitucionalismo es básicamente una forma de liberalismo, en otras palabras, una técnica de control del poder y maximización de las libertades individuales. Incluso contemporáneamente se constata que las principales doctrinas constitucionalistas son, en gran medida, una forma de “nuevo constitucionalismo liberal”, pues las principales corrientes del neoconstitucionalismo son, precisamente, liberales.

Asimismo, señala que la dogmática del Derecho Constitucional, además, considera a la libertad como un valor superior del ordenamiento, como un principio constitucional, y, sobre todo, como un atributo iusfundamental, constatado esto, y debido a los diversos significados de libertad y a las diversas manifestaciones de esta reconocidas en la



constitución consideramos necesario distinguir dos tipos de libertad: las libertades esenciales o básicas y los llamados derechos de libertad sobre la libertad formal, esta coincide con el concepto de libertad negativa en los términos expuestos por Isaiah Berlín; en este sentido, alude a la capacidad para hacer o no hacer algo sin que existan obstáculos que lo impidan. Tal libertad es negativa en la medida que no se refiere a ninguna acción en especial, sino pone énfasis en la ausencia de medidas de coerción para que uno pueda realizar o no una acción (alternativas de conducta o acción) Asimismo, es formal (o “libertad jurídica”) debido a que no tiene en cuenta si la libertad puede ejercerse en la práctica: su contenido se reduce, básicamente, al reconocimiento normativo (jurídico) de la remoción de obstáculos que impidan actuar libremente.

Por lo que podemos señalar que existe suficiente desarrollo doctrinario y jurisprudencial que amparan nuestra propuesta para que los reclutas puedan retirarse del servicio a su solicitud y se evite la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, que han sido antes consignados.

### **III.**

#### **EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL.**

La presente propuesta legislativa incorpora el Artículo 41°-B de la Ley 29248 Ley del Servicio Militar Voluntario e incorpora la posibilidad de retirarse del servicio militar “*A SU SOLICITUD*” del recluta, con las causales que se han señalado como cuando no se hayan cumplido los compromisos adquiridos por parte de la institución militar y razones que justifican.

De esa forma se presenta el siguiente cuadro comparativo respecto de la normativa vigente y la propuesta del presente proyecto de ley:



Normativa vigente	Propuesta de incorporación
<p>Artículo 41.- De las bajas</p> <p>Las bajas del Servicio Militar en el Activo se producen por:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a. Tiempo cumplido.</li><li>b. Medida disciplinaria.</li><li>c. Pena privativa de libertad efectiva impuesta por sentencia judicial, consentida o ejecutoriada.</li><li>d. Medidas restrictivas de la libertad dispuestas por la autoridad judicial con un plazo mayor de seis (6) meses.</li><li>e. Incapacidad física o psíquica que impida cumplir con el servicio.</li><li>f. Fallecimiento.</li><li>g. Desaparición o ausencia judicialmente declarada.</li><li>h. Alistamiento indebido.</li><li>i. Circunstancias excepcionales determinadas en el reglamento de la presente Ley.</li></ul>	<p><b>Artículo 41-B.</b> Las bajas del Servicio Militar en el Activo se producen a solicitud del recluta dentro de los tres meses del servicio militar por las siguientes causales:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) Cuando no se haya cumplido con los compromisos adoptados por la institución militar.</li><li>b) Cuando exista un interés superior acreditado; como la celebración del matrimonio, el nacimiento de un hijo, la presentación de una oferta laboral acreditada.</li></ul>

#### IV.

#### ANÁLISIS DE COSTO- BENEFICIO

La presente propuesta no irroga costo alguno al Estado ni vulnera principios, disposiciones o políticas de disciplina fiscal y presupuestaria. Por el contrario, beneficiará a los miles de reclutas que ingresan al servicio militar bajo el engaño y en cuyo interior se hallan con la sorpresa de que las promesas realizadas al momento de la captación no son verdaderas, en ese sentido, se otorgará dentro de los tres meses de servicio militar la posibilidad de retirarse del mismo a su solicitud.



V.

**VINCULACIÓN DE LA NORMA PROPUESTA CON EL ACUERDO NACIONAL**

La norma que se propone se alinea con las Políticas de Estado del Acuerdo Nacional, principalmente con “Fortalecimiento del Régimen Democrático y del Estado de Derecho” y la onceava política de Estado denominada “Promoción de la Igualdad de Oportunidades”