UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

EL DELITO DE DESERCIÓN DE LOS SERVIDORES MILITARES Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

TESIS PREVIA A LA OTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR:

Marco Rodrigo Aucapiña Ninacuri

DIRECTORA:

Dra. Andrea Soledad Aguirre Córdova

Loja – Ecuador
2013

CERTIFICACIÓN

Dra. Andrea Soledad Aguirre Córdova
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICO:

Que la tesis previa a la obtención del título de Abogado, presentada por el señor egresado Marco Rodrigo Aucapiña Ninacuri, denominada: **"EL DELITO DE DESERCIÓN DE LOS SERVIDORES MILITARES Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA"**, ha sido dirigida por mi persona, por lo que una vez que se ha verificado el cumplimiento de todas las observaciones y sugerencias realizadas para la mejor presentación del trabajo, autorizo a su autor para que proceda a la respectiva sustentación ante el Tribunal de Grado asignado para el efecto.

Loja, marzo del 2013

Dra. Andrea Soledad Aguirre Córdova
DIRECTORA DE TESIS

AUTORIA

Yo, **Marco Rodrigo Aucapiña Ninacuri,** declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual

Firma: _____

Cédula: **1802683266**

Fecha: **01 de Abril del 2013.**

Autor: Marco Rodrigo Aucapiña Ninacuri

DEDICATORIA

Cuando uno culmina una meta, debe volver la mirada hacia atrás, y reconocer la labor de todos quienes contribuyeron para cumplirla. Por eso este trabajo va dedicado con profundo cariño y afecto a mi Familia, que en un acto de entrega desinteresada me ha brindado siempre el apoyo y la confianza necesaria, para animarme a descubrir mejores horizontes en mi futuro.

Con amor y respeto para ellos.

Marco Rodrigo

AGRADECIMIENTO

A las autoridades de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, por permitir que me forme profesionalmente en ese prestigioso centro de estudios.

A mis Maestros Universitarios, por todos los conocimientos que me impartieron.

A la Institución Militar que me ha acogido durante muchos años de mi vida, y me ha enseñado el valor del honor y la disciplina.

A la Dra. Andrea Soledad Aguirre Córdova, quien ha asumido la Dirección de este trabajo, y con su excelente calidad personal y magnífico don de gentes, me orientó para que el mismo se ejecute de manera adecuada.

A todas las personas que aportaron de una u otra forma para que el proceso investigativo emprendido por mí, llegue a feliz término.

El Autor

TABLA DE CONTENIDOS

Portada
Certificación del Director de Tesis
Declaración de Autoría
Dedicatoria
Agradecimiento

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO.

2. RESUMEN.

2.1. ABSTRACT.

3. INTRODUCCIÓN.

4. **REVISIÓN DE LITERATURA.**

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. La institución militar.

4.1.2. Los servidores militares.

4.1.3. El conflicto armado.

4.1.4. El delito en general.

4.1.5. El delito de deserción.

4.1.6. El abandono de funciones.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Las Fuerzas Armadas del Ecuador.

4.2.2. La función de los servidores militares.

4.2.3. Delitos de función de las servidoras y servidores militares.

4.2.4. La deserción en conflicto armado.

4.2.5. La deserción en tiempo de paz.

4.2.6. Los efectos que produce la deserción para la seguridad del Estado y de la sociedad.

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. En la Constitución de la República del Ecuador.

4.3.2. En el Código Penal ecuatoriano.

4.3.3. En la Ley de Personal de Fuerzas Armadas y su Reglamento General.

4.3.4. En la Ley Orgánica de Servicio Público.

4.4. En la Legislación Comparada.

4.4.1. Código Penal Militar de España.

4.4.2. Código Penal Militar de Colombia.

4.4.3. Código Penal Militar de Nicaragua.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. MATERIALES.

5.2. MÉTODOS.

5.3. TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS.

6. RESULTADOS.

6.1. RESULTADOS DE LA ENCUESTA.

6.2. OPINIONES OBTENIDAS EN LA ENTREVISTA.

7. DISCUSIÓN.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA.

8. CONCLUSIONES.

9. RECOMENDACIONES.

9.1. PROPUESTA JURÍDICA DE REFORMA.

10. BIBLIOGRAFÍA.

11. ANEXOS.

INDICE.

1. TÍTULO.

“EL DELITO DE DESERCIÓN DE LOS SERVIDORES MILITARES Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

2. RESUMEN.

Con la reforma realizada al Código Penal ecuatoriano, el 19 de mayo del 2010, que aparece publicada en el Registro Oficial N° 196 de esa fecha, se incorpora al ordenamiento jurídico penal común, los delitos de función de las servidoras y servidores militares. Entre las conductas tipificadas en el artículo 602.34, tenemos el delito de deserción, que consiste en el abandono de las funciones militares por parte del servidor; si esta deserción se produce en tiempo de conflicto armado se aplica una pena privativa de la libertad de tres meses a un año, esta misma pena se impone a los superiores o jefes de unidades que no den aviso de la deserción de sus subordinados. Es indispensable anotar además, que la legislación penal vigente, sólo sanciona la deserción en tiempo de conflicto, más si el servidor abandona sus funciones en tiempo de paz, por un período de tres o más días consecutivos, será destituido, como un servidor público cualquiera de acuerdo a la Ley Orgánica de Servicio Público. Esta situación es contraria a los principios de honor, disciplina y lealtad que caracterizan a las funciones que desempeña un servidor militar, de allí que es necesario considerar la conducta de abandono en tiempo de paz, también como una forma de deserción, que debe ser castigada con penas proporcionales a la gravedad de conducta en que incurre quien así actúa. Lo descrito determina que existe en el Código Penal vigente, una problemática que tienen que ver con la deficiente tipificación del delito de deserción, y para estudiarla se desarrolla este

trabajo, que lleva por título: “EL DELITO DE DESERCIÓN DE LOS SERVIDORES MILITARES Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”; el trabajo se desarrolla de acuerdo con las normas del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, y concluye con el planteamiento de una propuesta jurídica de reforma, que contribuirá a regular y sancionar de manera adecuada el delito de deserción en la que incurren los servidores militares, que abandonan su función.

2.1. ABSTRACT.

With the reform on the Ecuadorian Criminal Code, on May 19, 2010, which is published in Official Gazette 196 of that time, he joined the ordinary criminal law, offenses of servants and the military. Among the acts described in Article 602.34, we have the offense of desertion, which is the abandonment of military functions on the server side, if this drop occurs in times of armed conflict applies a custodial sentence of three months one year, this same penalty is imposed to superiors or heads of units that do not notice the desertion of his subordinates. In this regulation, it directly affects the principle of proportionality between penalties and sanctions provided for in the Constitution of the Republic of Ecuador, in paragraph 6 of Article 76, as the behavior of the deserter is not comparable in severity to which is committed by the authorities, who fail to give notice of desertion. It is essential to note also that the existing criminal law only punishes desertion in time of conflict, especially if the server abandons his duties in peacetime, for a period of three or more consecutive days, will be removed, as a public servant any . This is contrary to the principles of loyalty and discipline that characterize the functions performed by a military server, hence the need to consider the conduct of abandonment in peacetime, also as a form of desertion, to be punished with proportionate to the gravity of conduct incurred who acts well. What determines that described in the Penal Code, a problem that has to do with the poor definition of the offense of desertion, and to study develops this work, entitled: "The crime of desertion MILITARY AND ITS SERVERS

REGULATION under Ecuadorian law, "the work is developed in accordance with the rules of the Regulations Governing Academic National University of Loja, and concludes with the approach of a legal proposal for reform, helping to regulate and punish appropriately the offense of desertion in the military servers incurred, leaving its function.

3. INTRODUCCIÓN.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 258, determina que la misión fundamental de las Fuerzas Armadas, es la defensa de la soberanía y la integridad nacional; y establece que las servidoras y servidores militares, actuarán con irrestricto apego al ordenamiento jurídico.

El código penal en su art. 602.34, determina que la deserción será sancionado con prisión de tres meses a un año el servidor militar que, en conflicto armado, abandona por más de cinco días del puesto, servicio o función que le hubiere asignado de forma legal e injustificada. Sin existir una tipificación al abandono injustificado por más de tres días en tiempo de paz, de los servidores militares.

Se puntualizan las consideraciones anteriores, porque la problemática que se aborda en el presente trabajo investigativo tiene que ver con uno de los delitos de función en los que pueden incurrir las servidoras y servidores militares.

Al revisar el régimen jurídico establecido en el Código Penal ecuatoriano, sobre el delito de deserción, y concretamente las disposiciones del artículo 602.34, se observa en las normas antes mencionadas un vacío jurídico el cual está relacionado con el hecho de que no se tipifica ni sanciona, la conducta de las servidoras y servidores militares, que sin contar con la

autorización correspondiente, ni haber seguido el procedimiento legal adecuado, abandonan la institución militar en tiempo de paz. En este mismo punto debe señalarse que la pena con que se castiga las conductas señaladas, es demasiado leve, en relación a la gravedad que representa el desertar de las filas militares, mientras se está haciendo frente a un conflicto armado.

Además se observa en las norma antes mencionadas un vacío jurídico el cual está relacionado con el hecho de que no tipifica ni sanciona, la conducta de las servidoras y servidores militares, que sin contar con la autorización correspondiente, ni haber seguido el procedimiento legal adecuado, abandona la institución militar en tiempo de paz.

Todo lo hasta ahora mencionado, configura la existencia de un problema jurídico, relacionado con la tipificación del delito de deserción en el Código Penal ecuatoriano, por lo que para estudiar la misma se ejecuta el presente trabajo investigativo, que lleva por título: **"EL DELITO DE DESERCIÓN DE LOS SERVIDORES MILITARES Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA".**

De acuerdo con las disposiciones establecidas en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, este estudio se integra por las siguientes partes: Título, Resumen, Introducción, Revisión de

Literatura, Materiales y Métodos, Resultados, Discusión, Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta.

La base teórica del trabajo, se presenta en la revisión de literatura, que consta de: marco conceptual, marco doctrinario y marco jurídico; y es aquí en donde se presentan los conceptos, opiniones, y el análisis de normas legales que están relacionadas con el objeto principal de la investigación, se recurre incluso en la parte final a la revisión de normas contenidas en la legislación penal de otros países acerca del delito de deserción.

Dentro del marco conceptual se abordan conceptos relacionados con la institución militar, los servidores militares, el conflicto armado, el delito en general, el delito de deserción y el abandono de funciones; como parte del marco doctrinario consta el estudio de las Fuerzas Armadas del Ecuador, la función de los servidores militares, los delitos de función de las servidoras y servidores militares, la deserción en tiempo de paz, los efectos que produce la deserción para la seguridad del Estado y de la sociedad.

Finalmente dentro del marco jurídico, se hace una revisión acerca de las normas que sobre la problemática investigada están establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, Código Penal ecuatoriano, Ley de Personal de fuerzas Armadas y su Reglamento General, Ley Orgánica de Servicio Público; concluye el marco jurídico en el análisis de la legislación comparada, para lo cual se revisa el Código Penal Militar de España, el Código Penal Militar de Colombia, y el Código Penal Militar de Nicaragua.

Se presenta en la parte denominada materiales y métodos, la descripción de todos los recursos metodológicos, que fueron empleados con la finalidad de concretar el desarrollo de cada una de las partes que integran el trabajo; es decir se hace un detalle de los materiales, métodos, técnicas y procedimientos que fueron empleados para el desarrollo de cada una de las fases de la investigación.

El sustento fáctico de la investigación, está en la presentación de los resultados que fueron obtenidos a través de la aplicación de la encuesta y la entrevista, a profesionales del derecho en libre ejercicio y a personas que tienen conocimiento de la problemática.

La información teórica y la revisión de los resultados obtenidos en el proceso investigativo de campo, permiten que en la parte denominada discusión, se realice la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis, para más adelante concretar las conclusiones y recomendaciones que se plantean como alternativas frente a la problemática estudiada.

Finaliza el trabajo, con la presentación de la Propuesta de Reforma Jurídica al Código Penal ecuatoriano, que en el presente caso está orientada a la incorporación de nuevas disposiciones que permitan, mejorar la tipificación del delito de deserción en la legislación penal vigente, a objeto de garantizar la institucionalidad de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas, y contribuir

también a la seguridad del Estado, sancionando drásticamente a los servidores militares que optan por abandonar injustificadamente las funciones en tiempo de paz.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

Dentro de los conceptos que se deben tratar en la parte inicial de este trabajo, están los siguientes:

4.1.1. La institución militar.

Por tratarse el estudio de una conducta antijurídica que puede ser cometida por quienes prestan sus servicios para la institución militar, es preciso conceptuar la misma.

Ana Mercedes Salcedo González, escribe lo siguiente entorno a la institución militar y a la forma en que ésta debe ser concebida.

> "La institución armada representa uno de los factores de poder del Estado; al respecto Herman Séller (1995, P. 256) señala que el Estado como toda organización, es un poder engendrado por factores políticos, económicos, moral y legal. El poder militar sólo tiene una función de carácter social dentro del poder del Estado, pero no fuera de él. La Fuerza Armada es concebida como una institución construida socialmente para el ejercicio del poder del Estado en la defensa militar. Ahora bien, la preocupación de una sociedad desarmada ante la presencia de grupos armados entraña peligrosos riesgos y su estudio ha sido históricamente abordado por la sociología militar. Esta disciplina tiene como objeto estudiar la convivencia y las instituciones

> en el ámbito militar relacionándola con la sociedad en general, de allí que se construyan principios contentivos de una serie de limitaciones impuestas para el control del comportamiento de los miembros de la institución armada, con el propósito de garantizar la subordinación de la institución militar al Estado y al poder político elegido democráticamente”[1].

Es importante la parte inicial de la cita, en cuanto determina que la institución armada o militar, constituye uno de los factores de poder del Estado, el cual cumple una función de importancia social cuando se subsume al poder del Estado, jamás cuando se aparta de él.

Es por lo dicho que la institución militar obedece a un proceso de desarrollo social, a través del cual se pretende ejercer el poder del Estado, en la instauración de la defensa militar.

La sociedad no puede estar desarmada, ante la presencia de grupos y de fenómenos sociales que pretenden alterar el orden instituido, he allí entonces la importancia de contar con una institución armada, adecuadamente capacitada, y lo suficientemente armada, que tenga como misión principal la defensa de los intereses nacionales, vistos más allá de la sola defensa de la heredad territorial.

La institución militar, históricamente se ha convertido en objeto de estudio de la disciplina identificada como sociología militar, cuyo propósito es el de

[1] SALCEDO GONZÁLEZ, Ana Mercedes, La Seguridad Social en la Fuerza Armada Nacional, Editorial Biblioteca de Derechos, Economía y Ciencias Sociales, Caracas-Venezuela, 2011, pág. 2.

estudiar dichas instituciones en su relación con la sociedad en general. Específicamente se orienta esta disciplina al análisis de las limitaciones que se imponen para el control de los miembros de la institución armada, con la finalidad de garantizar su subordinación al Estado, y al poder político que democráticamente se ha elegido para la conducción del ente estatal.

Otra opinión bastante amplia acerca de lo que debe entenderse por institución militar, la ofrece José Antonio Olmeda, sin embargo por la amplitud de dicha opinión se va a subdividir el análisis, estudiando cada uno de los elementos que incluye esa opinión.

> "La situación de la fuerza armada dentro del Estado se aprecia más claramente cuando se le examina bajo el criterio institucional, es decir, como creación o institución de la sociedad a los fines de su defensa.
>
> Al abordar el estudio de la fuerza armada, como institución social nos obliga a detenernos brevemente en la noción de «institución». Existe una amplia variedad en su contenido. Esta noción se le ha otorgado a la familia, a la escuela, la religión, sindicatos, instituciones-grupos e instituciones públicas"[2].

En la cita se determina con claridad que para analizar a las fuerzas armadas dentro del Estado, es necesario considerarla con un criterio institucional, es decir como una creación de la sociedad, con la finalidad de ejercer su defensa. Para entender esto es fundamental tener claro la noción de

[2] OLMEDA, José Antonio, La Institución Militar en el Estado Contemporáneo, Editorial Casa Editorial Bosch, Madrid-España, 2008, pág. 47-48.

institución, que es el término con el que se conoce a organizaciones como la familia, la escuela, los sindicatos, las instituciones particulares y las instituciones públicas Este permite manifestar que la institución es una organización de personas, que se caracteriza por los objetivos y metas comunes de sus integrantes, y por estar regida por un ordenamiento expreso o subjetivo a través del cual se delimitan situaciones como origen, derechos, subsistencia, y en los casos en que sea aplicable la extinción de las instituciones.

El autor Olmeda, continúa el análisis de las instituciones militares, puntualizando para ello, lo siguiente:

> “Ante esta diversidad de contenido se asume la noción de Ross, quien al estudiar la naturaleza de las instituciones, encontró su distinción mediante las siguientes características.
>
> Las instituciones reúnen las siguientes condiciones:
>
> 1º) Contienen un concepto o una idea que representa una necesidad a satisfacer.
> 2º) Tienen estructura con organización propia y dispone de los instrumentos para cumplir su función.
> 3º) Poseen una misión concreta relacionada con el primer punto.
> 4º) Tienen permanencia o durabilidad.
> 5º) Ostentan autoridad propia.
> 6º) Cuentan con un código o conjunto de leyes que la regulan.
> 7º) Contienen personal, factor indispensable para que la institución pueda cumplir su misión.

Analizando a la fuerza armada, a través de estas características encontramos lo siguiente:

1º) La fuerza armada es una creación especial de la sociedad organizada en forma de Estado para asegurar su existencia.
2º) Está formada por componentes, organizados, armados e instruidos de acuerdo a su función.
3º) Su misión principal es proteger y defender a la nación contra enemigos externos y eventualmente al Estado contra enemigos internos.
4º) Su existencia es permanente, lo cual da lugar a una tradición.
5º) Tiene un sistema de autoridades de mando y de administración, escalonados jerárquicamente para garantizar su administración.
6º) Mantiene un conjunto de leyes, reglamentos, instructivos que garantizan el orden y desarrollo de su vida material y espiritual.
7º) El personal está integrado por una parte permanente y otra transitoria, la primera es responsable de ocupar las plazas directivas y mantener vivo el espíritu y la tradición institucional; y la segunda, apoya en funciones especiales"[3].

Como se puede ver en el detalle de las características anteriores, las fuerzas armadas reúnen todos los elementos indispensables para poder ser consideradas como una institución social de carácter militar.

Para mencionar algunos de esos elementos o caracteres esenciales de la institución militar, se debe precisar que: las fuerzas armadas son creadas por la sociedad a través del Estado con la finalidad de asegurar su existencia; la integran personas jerárquicamente organizadas, dotadas de

[3] OLMEDA, José Antonio, La Institución Militar en el Estado Contemporáneo, Editorial Casa Editorial Bosch, Madrid-España, 2008, pág. 48-49.

armamento, e instruidas de acuerdo a la función que deben desempeñar; tiene como misión esencial proteger y defender a la nación contra enemigos externos y de forma eventual contra situaciones internas; es de carácter permanente lo cual la hace poseedora de una larga tradición en los Estados donde se ha instituido; está regida por un sistema de autoridad, mando y administración ordenados jerárquicamente; se rigen por un conjunto de normas jurídicas que tiene como finalidad regular la vida material y espiritual dentro de la entidad militar; el personal que conforma la institución militar se caracteriza por desempeñar funciones permanentes o de carácter transitorio, en el primer caso están quienes ejercen funciones de dirección; y en el segundo quienes forman parte de la tropa y asume el cumplimiento de actividades militares de naturaleza especial.

José Antonio Olmeda, manifiesta además que:

> "Efectivamente, la fuerza armada es una institución construida socialmente para el ejercicio del poder del Estado en la defensa militar, con el fin de garantizar la integridad del territorio, la independencia y soberanía de la nación. La seguridad y defensa de estos altos intereses del Estado mediante el poder militar constituye el espacio de estudio y de investigación de la denominada sociología militar"[4].

Se ratifica el autor en sostener que la institución militar, es una institución que es producto de un proceso social, a través del cual el Estado la constituye, con la finalidad de ejercer la defensa militar, y garantizar

[4] OLMEDA, José Antonio, La Institución Militar en el Estado Contemporáneo, Editorial Casa Editorial Bosch, Madrid-España, 2008, pág. 49.

situaciones como la integridad territorial, la independencia y soberanía nacional. La defensa de estos intereses estatales, a través del poder militar, es un tema que constituye el ámbito de estudio de la ciencia denominada como sociología militar.

Guillermo Cabanellas, aporta un concepto un tanto similar al que se está estudiando, cuando señala:

> "INSTITUCIONES ARMADAS. Denominación comprensiva de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, además de los Servicios y Cuerpos complementarios, a más de las fuerzas de policía y seguridad sujetas a disciplina uniforme y uso de armamento. Se prefiere este nombre para evitar el sentido equívoco de la voz Ejército, en la cual no se sienten incluidos siempre los marinos"[5].

Es similar el concepto al de institución militar, por cuanto en el caso anterior, se concibe como institución armada, a aquella que se encuentra organizada por las diferentes ramas del Ejército, y que además comprende a fuerzas de seguridad que están sujetas al cumplimiento de una determinada disciplina y al uso de armamento.

Se identifica en este concepto, que uno de los elementos esenciales dentro de la institución armada, es la disciplina de sus integrantes.

[5] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 54.

Concluyendo debo manifestar que la institución militar, es aquella creada por el Estado con la finalidad de garantizar la seguridad nacional, y a la que se le confiere la potestad de recurrir al uso de armamento, estrategias, técnicas y políticas de carácter militar, con la finalidad de defender la soberanía nacional y de garantizar y proteger la estabilidad social, manteniendo un comportamiento no deliberante frente a las decisiones del Estado, al que debe servir con disciplina, honestidad y responsabilidad, en procura de defender el honor y la dignidad nacional. La institución militar, está llamada también a garantizar el orden y la tranquilidad de la sociedad civil, contribuyendo a enfrentar los problemas de orden interno que puedan generar inseguridad jurídica o inestabilidad.

4.1.2. Los servidores militares.

De una forma muy general, puede manifestarse que son servidores militares las personas que prestan sus servicios para la institución militar, sin embargo es necesario ampliar un poco más esta visión, por lo que se debe recurrir para ello a los conceptos que se han elaborado al respecto.

Jaime García Covarrubias, manifiesta su opinión respecto a los servidores militares señalando:

> "Servidor militar es la persona que se desempeña en el ejercicio de la profesión militar, la cual debe ser entendida como aquella que se asume al convertirse en miembro de la Institución Militar de un Estado, que se caracteriza por ser un grupo orientado por una doctrina y

> especializado en el manejo de una tecnología compleja, dotado de coherencia, espíritu de cuerpo, jerarquización y alto contenido simbólico; cuya formación y carrera se encuentran definidas dentro de la misma estructura militar. La prestación de su servicio se realiza de forma particular, es decir únicamente puede laborar en el lugar y en la unidad que le ha sido asignada para el efecto”[6].

Considerando el criterio anterior, se establece que servidor militar es la persona que desempeña la profesión militar, convirtiéndose en miembro de la Institución Militar de un Estado, sujetándose por lo tanto a las normas disciplinarias de esta entidad, y también a los programas de formación y de instrucción del manejo de las armas y otros instrumentos propios de la carrera militar. El servidor militar, realiza una actividad de naturaleza estrictamente particular, es decir que una vez asignado a una unidad o reparto solamente puede laborar en él, por lo que para su traslado deberá estarse a lo dispuesto en las normas legales pertinentes.

Otra opinión conceptual, es la elaborada por Salvador Augusto Contreras Rojas, quien sintetiza su criterio en las siguientes líneas.

> “El servidor militar es la persona que ejerce la profesión militar, es decir obedece a una vocación de servicio a la Patria, encuadrada en ciertas normas de comportamiento, conocimientos especializados, habilidades y virtudes morales que, en última instancia, le permitirán al soldado “entregar su vida si es necesario”. No se trata de una simple ocupación y si bien los riesgos son voluntariamente asumidos por el profesional

[6] GARCÍA COVARRUBIAS, Jarimen, La Profesión Militar, Editorial Salvatierra, México D.F., 2008, pág. 26.

de las armas, exige de él una adhesión o un grado de compromiso profundo para cumplir eficazmente con la misión que se le encomienda.

Desempeñarse en condición de servidor militar, es una profesión dedicada y consagrada en forma permanente y competente al servicio de las armas de la República.

Además de adquirir una formación técnica, el servidor militar incorpora a su personalidad un modo de vida donde el esfuerzo, la dedicación, las responsabilidades, la disposición al renunciamiento y el sacrificio por el bien del servicio, se asumen vocacional y plenamente.

Son cualidades básicas de la profesión, la abnegación, el desinterés, el honor, la ecuanimidad, la disciplina, la subordinación, la iniciativa, el carácter, la responsabilidad, el espíritu militar, el espíritu de cuerpo y un gran espíritu patriótico.

Debe ser preocupación permanente del profesional militar el enriquecimiento intelectual, moral y físico para brindar un servicio de calidad a su Patria"[7].

Esta opinión muy similar a la que se había citado anteriormente, describe al servidor militar, como la persona que desempeña la profesión militar, y en consecuencia demuestra una vocación de servicio a su Patria, puesto que amolda su personalidad a las normas de conducta, al conocimiento especializado en el manejo de armas, instrumentos, tecnologías y mecanismos propios de la vida militar; adoptando además ciertas habilidades y militares, que le forman disciplinariamente.

[7] CONTRERAS ROJAS, Salvador Augusto, La Institución Militar Frente al Estado, Editorial Astrea, S.A., Buenos Aires-Argentina, 2005, pág. 43.

El desempeñarse en condición de servidor militar, no es una simple ocupación, pues para cumplir con esta profesión es necesario que quien la elige demuestre un alto grado de compromiso para poder cumplir la misión que se le encomienda, de allí que elegir esta actividad, supone además una consagración permanente y efectiva al servicio de la Institución Armada, en defensa de la República.

El servidor militar desempeña una actividad compleja, pues a más de la preparación técnica que recibe y debe cumplir de forma obligatoria, está llamado además a asumir con esfuerzo y dedicación sus responsabilidades, debiendo disponerse incluso a renunciar y sacrificar aspectos de carácter persona, para favorecer a la sociedad y a la nación a la que sirven, de allí que se trata de una actividad plenamente vocacional.

El servidor militar debe caracterizare por ser una persona absolutamente profesional, abnegada, desinteresada, honorable, ecuánime, disciplinada, subordinada, responsable, con iniciativa y carácter, siendo todas estas virtudes que forman de manera adecuada el espíritu militar. Además, éste servidor debe guardar el espíritu de cuerpo y patriótico, siendo una preocupación habitual suya, la de formarse y enriquecerse intelectual, moral y físicamente para brindar un servicio de calidad de su Patria.

Los componentes conceptuales que se han esbozado en los párrafos anteriores, permiten establecer que el servidor militar, es la persona que sirve a las Fuerzas Armadas, es decir que ha escogido la carrera militar

como su vocación de vida, y que asume la responsabilidad de someterse a las exigencias férreas, de disciplina, honor y lealtad a la Patria, a la sociedad civil y a las personas que la integran, obligándose también a la formación y perfeccionamiento permanente en procura de brindar el mejor servicio a la colectividad.

El desempeño diario del servidor militar, requiere de parte de éste además de la formación táctica y tecnológica que recibe para el manejo y utilización de las armas y otros instrumentos propios de su actividad; siendo necesario también que asuma como una obligación personal, el formarse de manera permanente en el ámbito académico y moral, haciendo del honor y la disciplina una norma permanente de su existencia. El servidor militar está destinado al desempeño y cumplimiento de la profesión militar la cual se ejerce de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador y de las demás leyes aplicables para regir esta actividad.

4.1.3. El conflicto armado.

Una de las razones fundamentales por las cuales se han instituido las Fuerzas Armadas, es la respuesta ante conflictos armados en los que pueda involucrarse un Estado, siendo deber de los servidores militares, participar como miembros de la institución armada, haciendo frente a este tipo de situaciones peligrosas para la seguridad nacional.

Es necesario entender desde el punto de vista conceptual, que son esta clase de conflictos.

Guillermo Cabanellas manifiesta su opinión respecto al tema en los siguientes términos:

> "CONFLICTO ARMADO. La guerra declarada o de hecho. …La expresión de conflicto armado se aplica a toda real beligerancia, aun no oficial; y de modo más concreto, a invasiones o expansiones imperialistas y a la represión de las manifestaciones emancipadoras de territorios coloniales o de pueblos oprimidos por sus propios gobernantes"[8].

De acuerdo con la opinión del autor citado, con la frase conflicto armado, se designa a la guerra, de una forma más puntual, con ella se hace referencia a toda forma de beligerancia, causada por situaciones como invasiones y expansiones territoriales; y también a aquellos que se originan con consecuencia de la represión de los movimientos emancipadores, que se realizan en aquellos lugares, en donde sus pueblos son oprimidos por sus propios gobernantes.

Elizabeth Salmón, manifiesta lo siguiente:

> "Existe conflicto armado cuando se recurre a la fuerza entre estados o hay una situación de violencia armada prolongada entre autoridades

[8] CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 285.

gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado”[9].

De acuerdo con lo manifestado en el concepto anterior, existe conflicto armado cuando se recurre al uso de la fuerza, entre los Estados, o cuando se produce una situación de violencia armada entre las autoridades de un gobierno y grupos armados dentro de un mismo Estado.

Concluyendo, sobre la base de los elementos antes expuestos, se puede concretar el concepto de conflicto armado, manifestando que hace referencia a todo enfrentamiento de tipo bélico, producido entre un Estado y otro, o entre las fuerzas represivas de un Estado, con la finalidad de enfrentar una conmoción interna originada por manifestaciones bélicas de integrantes de la sociedad a la que rige.

En todos los casos el conflicto armado, representa una grave situación de inseguridad para el propio Estado y para sus habitantes.

4.1.4. El delito en general.

Cuando se comete por parte de los servidores militares una conducta catalogada como deserción se está frente a la configuración de un delito, por ello resulta importante entender en qué consiste esta categoría principal dentro del derecho penal en general.

[9] SALMÓN, Elizabeth, Introducción al Derecho Internacional Humanitario, Editorial Instituto Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perúl, Lima-Perú, 2004, pág. 26.

Beling, al ser citado por Raúl Goldstein en su Diccinario de Derecho Penal y Criminología, dice que:

> “Delito es una acción típica, antijurídica, culpable, cubierta con una sanción penal adecuada a la culpabilidad, y que llena las condiciones legales de punibilidad.”[10]

En esta definición encontramos los elementos del delito a los que me referiré anteriormente, ya que describe al delito como la acción típica, antijurídica y culpable sancionada con una pena la cual debe estar adecuada a la culpabilidad y cumplir las condiciones legales relacionadas con la punibilidad.

Luis Jiménez de Asúa, manifiesta lo siguiente:

> “El delito, desde el punto de vista jurídico, es una acción u omisión antijurídica y culpable”[11].

De acuerdo con la opinión anterior, el delito consiste en un acto o una omisión que es declarada por la ley antijurídica, y culpable, porque es atribuida a una persona en particular.

Eugenio Cuello Callón, conceptualizando al delito dice:

> "La acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena"[12].

---

[10] GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2003, Pág. 202.
[11] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Teoría del Delito, Editorial Jurídica Universitaria, México D.F., 2003, pág. 5.

Este autor se refiere al delito como la acción que la ley prohíbe bajo la amenaza de una pena. Personalmente debería manifestar que el concepto de Callón es incompleto por cuanto se refiere únicamente a la acción descartando que los delitos también pueden ser consecuencia también de la omisión en la que incurre el delincuente.

Con estos antecedentes bibliográficos es posible establecer el concepto de delito, señalan que este consiste en toda conducta del hombre, descrita previamente de manera hipotética en la ley penal y que consecuentemente se hace merecedora a la pena que señala dicha ley.

4.1.5. El delito de deserción.

Una de las conductas que atentan contra los principios que se inculcan a los servidores militares desde el momento que ingresan a prestar sus servicios para las Fuerzas Armadas, y que desdice de la disciplina, el honor y la lealtad con la que deben asumir sus responsabilidades y obligaciones, estos servidores, es la deserción, a la cual se ha creído conveniente analizarla a partir de las posiciones conceptuales que se han elaborado sobre este tema.

Guillermo Cabanellas, escribe:

> "DESERCIÓN. Genéricamente, abandono del servicio, de las filas del Ejército. Traición; fuga al campo enemigo. Evasión; huida al bando en

[12] REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Edit. Ediciones Legales, Quito-Ecuador, 2010, Pág. 72.

> que se luchaba por la fuerza para ponerse bajo la bandera preferida, cual es tan frecuente en las guerras civiles. Estrictamente, delito militar típico, siempre grave y que reviste distintas modalidades, dentro del esencial abandono del servicio sin licencia adecuada por un individuo de las clases de tropa; ya que para los oficiales y suboficiales se reserva el nombre de abandono de destino o de residencia”[13].

Desde el punto de vista general, con la palabra deserción se designa la conducta de abandonar el servicio o las filas del Ejército, cometer traición, o fugar hacia el campo militar enemigo, evadir el cumplimiento de la obligación militar; esta conducta es muy frecuente especialmente en las guerras civiles libradas en las diferentes naciones del mundo.

De manera restringida, se conoce como deserción, al delito militar, debidamente tipificado en las leyes penales que rigen en este ámbito, que es considerado como grave, y tiene diferentes modalidades.

Esencialmente se considera como deserción el abandono del servicio militar sin licencia de sus superiores, por parte de un integrante de la clase de tropa.

> “La palabra deserción proviene del verbo desertar que significa abandonar o dejar de hacer algo.
>
> El término es utilizado principalmente en dos ámbitos institucionales que tienen ambos que ver con el cumplimiento de una tarea que lleva

[13] CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 187.

varias etapas o momentos: una de estas instituciones es el ejército y la otra es la escuela. En cualquiera de los dos casos la deserción es comprendida como un fenómeno negativo aunque en el caso del ejército tiene un sentido mucho más relacionado con el delito y en el caso de la escuela se suele entender como una problemática social de dura solución.

Cuando hablamos de deserción en el ámbito militar, estamos haciendo referencia a algo que es considerado en la mayoría de los casos como un delito.

Esto es así ya que el individuo que abandona la institución una vez habiendo terminado su carrera y ya pudiendo ejercer su actividad es visto como alguien que no desea defender o servir a la Patria a la que pertenece.

Por lo tanto, este acto es visto como una cobardía y considerado un delito muy grave a nivel institucional. Dependiendo del lugar y de la legislación que cada ejército nacional o local mantenga, la deserción puede estar penada con los castigos más graves, incluso suponer la pena de muerte si el país en cuestión todavía mantiene esta forma de castigo. El desertor también puede ser privado de su libertad y mandado a la cárcel.

Es importante señalar que de acuerdo a esta acepción de la palabra, la deserción es el resultado de una decisión personal individual”[14].

La definición anterior, se ha citado por ser bastante expresa, y permitir que se comprenda a la deserción, como la acción de desertar, es decir de abandonar algo.

[14] http://www.definicionabc.com/general/desercion.php

Como bien se menciona el término que se estudia tiene diferentes aplicaciones, entre ellas las más utilizadas son para designar, el abandono de la actividad escolar, y el abandono de las filas del ejército; hablando de esta manera tanto de deserción escolar, como de deserción militar, siendo ésta última la de interés en el presente trabajo.

Siempre la deserción militar es considerada como un fenómeno negativo, el cual en el caso de que ésta se produzca en el ejército, llega a catalogarse incluso como delito, especialmente por el perjuicio que se causa a la institución militar, así ha sido considerada la deserción militar en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo.

La gravedad de la deserción, y su catalogación como delito, obedece a que el servidor militar que abandona la institución, una vez culminada su formación especializada en este ámbito, y estando plenamente capacitado para el ejercicio de su actividad, es considerado como alguien que no desea defender y servir a la Patria.

La conducta antes descrita, es considerada desde el punto de vista militar, como una cobardía, y por ello se la tipifica como un delito muy grave a nivel institucional, pues el comportamiento de un desertor es absolutamente contrario al honor, a la disciplina y a la lealtad que caracteriza a quienes hacen del servicio militar su profesión.

Es tal la consideración que se hace de la gravedad de la conducta del desertor, que se imponen para ella castigos muy severos, llegando incluso a imponer la pena de muerte, en los ordenamientos jurídicos que esta sanción es permitida, a quienes son declarados responsables de deserción, sin embargo la tendencia mundial es la de abolir este tipo de pena por considerarla sumamente cruel, y atentatoria contra la condición de seres humanos que tienen los responsables de los delitos, por los que se decreta la muerte como sanción.

La pena más común entre las legislaciones de los diferentes países, es la privación de la libertad, es decir que el desertor es condenado a permanecer en prisión por el tiempo que dispongan las autoridades y jueces competentes.

La deserción es un comportamiento, que para ser juzgado, se considera desde el punto de vista individual, es decir se aplica una sanción a quien tomó la decisión de abandonar las filas militares sin cumplir para ello con los requerimientos legales y las disposiciones disciplinarias correspondientes, por lo que si son varios los desertores, se analizará la conducta de cada uno de ellos de forma independientes.

Otro concepto, al que se recurre para delimitar el concepto operacional de deserción, es el que expone el autor Raúl Chanamé Orbe, cuando manifiesta:

> “DESERCIÓN. Abandono de un propósito, grupo, sociedad o institución.
>
> En la tradición militar se convierte en un delito grave contra la moral e integridad de sus compañeros de armas”[15].

En este aporte, se encuentra también ligada la deserción, a la conducta de abandonar un propósito, o una institución.

Por lo que aplicada al ámbito militar, de acuerdo con el autor cuya opinión se comenta, la deserción es el abandono que hace un militar de la institución a la que pertenece, conducta que se considera muy grave, por ser atentatoria contra la moralidad e integridad de los compañeros de armas del desertor.

Vale mencionar que en efecto la deserción desde muy antiguo era considerada como un acto inmoral y de abandono a los compañeros de armas, de allí que más que una conducta contra los intereses de la Patria, era sancionada por constituirse en un acto de deslealtad y deshonor para con la institución militar a la que se pertenece el desertor, y por abandonar a sus compañeros en conflicto, exponiéndoles a un riesgo mayor de aquel que entraña encontrarse involucrado en un enfrentamiento bélico.

Considerando lo que han mencionado los diferentes autores que han escrito sobre este tema y especialmente aquellos cuyas opiniones se tomaron como referencia para entender este concepto, se establece que la deserción es el abandono ilegal, que hace el servidor militar, de sus funciones dentro de la

[15] CHANAMÉ ORBE, Raúl, Diccionario de Derecho Constitucional, Colección Abogados, Editorial ADRUS S.R.L., Lima-Perú, 2010, pág. 221.

institución a la que pertenece, sin haber cumplido para ello con el procedimiento correspondientes, y sin obtener el permiso necesario de parte de sus superiores.

Esta conducta entraña mucha gravedad especialmente en caso de que la entidad militar se encuentre haciendo frente a un conflicto armado, y es grave también en tiempos de paz, pues el abandono injustificado y no autorizado de las funciones de parte de un servidor militar puede ocasionar múltiples inconvenientes dentro de la Unidad a la que se encuentra sirviendo.

La deserción no es catalogada solamente ahora como una infracción en contra del Estado y específicamente de la Institución Militar, que cometen quienes tienen la condición de servidores de aquella, sino que su sanción ha sido una preocupación que viene desde hace mucho tiempo, pues los conflictos de carácter bélico que se suscitaban entre las diferentes nacionales, hacían que los gobernantes de éstas castiguen de forma severa la deserción con la finalidad de evitar la mengua de sus ejércitos, y sobre todo de prevenir que los secretos tácticos manejados en la contienda sean revelados a las tropas enemigas, y así poner en peligro de intereses nacionales.

4.1.6. El abandono de funciones.

Es importante para finalizar la recopilación de los elementos conceptuales que tienen relación con el problema de estudio, abordar desde este punto de vista lo concerniente al abandono de funciones.

Un primer concepto, acerca de este tema dice:

> "El abandono de funciones, se aplica a la conducta de un funcionario o empleado público que no atiende, descuida o deja el desempeño de la función o cargo que el Estado le ha encomendado, ya por elección popular, ya por nombramiento, y para cumplir con atribuciones o facultades que a dichos funcionarios o empleados les corresponde conforme a la ley.
>
> Al calificarse tal conducta como delictiva, se busca proteger al bien jurídico de garantizar a la sociedad que las funciones y responsabilidades encomendadas a los funcionarios y empleados del Estado no atentarán contra los derechos de los individuos que la conforman, así como también asegurar que los servicios públicos se prestaren ininterrumpidamente"[16].

Conforme a la opinión citada, se está ante un abandono de funciones, cuando el servidor público, deja el desempeño de la función o cargo que le ha sido atribuida por el Estado.

[16] http://diccionarios.juridicos.es/

El bien jurídico protegido, es el derecho dela sociedad a garantizar que el incumplimiento de las responsabilidades encomendadas a los funcionarios o empleados del Estado, no afectará la vigencia de sus derechos.

De igual forma se sanciona la conducta de abandono, con la finalidad de evitar la suspensión o interrupción en la prestación de los servicios públicos.

Otra opinión conceptual sobre el abandono de funciones, manifiesta:

> "El abandono de funciones es la conducta en la que incurre el servidor público que sin justificación alguna o sin que medie orden superior al respecto, se aleja o deja de asistir a la institución a la que sirve, incumpliendo la función asignada por la autoridad que lo nominó"[17].

Si se considera la opinión anterior se puede observar que el abandono de funciones se asume como la conducta manifiesta por el servidor público, que se aleja o deja de asistir a la institución, por la que fue contratado, incumpliendo de esta manera la función asignada al momento de su nominación por la autoridad competente.

Hay un concepto importante, que está relacionado con la temática que se trata en este subtema, el cual hace referencia al abandono militar, y que ha sido elaborado en los siguientes términos:

[17] SALAZAR BELTRÁN, Juan, Manual de Funciones Públicas, Editorial Oxford, México-D.F., 2008, pág. 11.

> “ABANDONO MILITAR. Delito que cometen los jefes, oficiales y suboficiales al dejar voluntariamente y sin autorización superior el lugar y las funciones a las que han sido destinados”[18].

De acuerdo con lo señalado, en el ámbito de las funciones militares, se entiende como abandono, al delito cometido por el personal de la institución militar, al dejar de manera voluntaria y sin autorización superior, el lugar y las funciones que le han sido destinados.

El concepto anterior, es importante, porque permite entender la gravedad del abandono de funciones por parte del servidor militar, que no consiste en un mero apartamiento de la institución, sino en dejar el lugar al que han sido asignados, y la función que se les ha encargado, por lo tanto estas conductas implican un riesgo evidente para la seguridad del Estado, cuya protección está encomendada de manera directa a las Fuerzas Armadas.

Aplicadas las opiniones que se han citado y comentado anteriormente al ámbito de estudio, se puede manifestar que se está ante un abandono de funciones por parte de los servidores militares, cuando éstos dejan de cumplir la actividad que les ha sido encomendada, poniendo en riesgo el logro de los objetivos institucionales de las Fuerzas Armadas, y también la seguridad del Estado y de la sociedad en general, si este abandono incide de forma drástica en estos ámbitos.

---

[18] http://www.diccionariosdigitales.net/GLOSARIOS%20y%20VOCABULARIOS/DERECHO-1-DERECHO-T%C3%89RMINOS.htm

Se debe puntualizar de manea expresa, que el abandono para ser considerado como tal, debe obedecer a una conducta voluntaria del servidor, quien de forma autónoma decide no concurrir más al desempeño de su función, porque si existe coerción de parte de alguna autoridad superior, se estaría frente a una figura distinta al abandono de funciones.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Las Fuerzas Armadas del Ecuador.

En primer lugar se recoge un aporte doctrinario, que nos permitirá entender lo que son las Fuerzas Armadas, y como estas son concebidas como organismo esencial en la consolidación de un Estado.

> "Podemos definir a las Fuerzas Armadas como aparatos o instituciones del Estado, que cumplen una de las funciones necesarias para la vida de la comunidad, el ejercitar el monopolio de las armas que reclama la autoridad nacional, a fin de garantizar la protección de la sociedad ante amenazas o riesgos de naturaleza militar.
>
> Las Fuerzas Armadas, por consiguiente, no son entes que tengan existencia propia, son instituciones creadas por el Estado (al menos desde el inicio de la época moderna) o bien por agrupaciones sociales pero en el marco de la disputa del poder del Estado. Su dedicación es el ejercicio de la guerra (actual o posible), o bien de la defensa, como se denomina actualmente, y la implementación de la misma se explicita en una política pública que sería la política de defensa. Se asemejan por ello a otras entidades mediante las cuales el Estado satisface necesidades de la vida en común, pero dado que el arte de la guerra implica dedicaciones especiales, que pueden implicar inclusive la disposición a entregar la vida en aras de objetivos colectivos, se caracterizan no solamente por formas organizacionales, doctrinarias y conductas sociales específicas, sino particularmente por un *ethos* muy específico de lo militar"[19].

[19] AGUILERA, Gabriel, Las Relaciones Cívico Militares en el Estado Democrático, Editorial Centro de Estudios de Angola, Luanda, 2002, pág. 2.

De acuerdo a la opinión anterior las Fuerzas Armadas constituyen una institución del Estado, que tiene como finalidad garantizar la protección de la sociedad ante amenazas o riesgos de naturaleza militar, esta institución actúa por requerimiento de la autoridad nacional. Sin duda alguna constituyen una institución trascendental para la vida de la comunidad, puesto que la beligerancia está siempre presente en las relaciones humanas, desde los inicios mismos de la civilización y hasta los tiempos actuales, además incluso a nivel interno, las sociedades nacionales, se ven afectadas por actos de beligerancia que demandan necesariamente la participación de las Fuerzas Armadas como institución de defensa nacional.

Las Fuerzas Armadas, son entidades creadas por el Estado, y sus integrantes son formados y capacitados para hacer actividades relacionadas con la guerra, sea ésta actual o posible, o simplemente la defensa, ejercida a través de las políticas que el mismo ente estatal poner en vigencia políticas nacionales para la defensa.

En el ámbito institucional las Fuerzas Armadas, guardan semejanza con otras entidades del Estado, puesto que la necesidad de que exista un organismo encargado de la defensa armada de los intereses de la sociedad es indispensable en toda comunidad; sin embargo por implicar dedicaciones especiales, que implican de sus miembros inclusive la disposición a entregar la vida en aras de proteger los intereses colectivos, se caracterizan no únicamente por mantener formas de organización, doctrina y conducta social específicas, sino particularmente por un origen ético muy específico de la

formación militar, que engendra en sus miembros un sentido de disciplina, honor y lealtad, que muy difícil puede ser fundamentado en el caso de los servidores que prestan sus servicios para las demás instituciones del Estado.

En el caso del Ecuador, las Fuerzas Armadas están integradas por la Fuerza Terrestre o Ejército Ecuatoriano, la Fuerza Naval, y la Fuerza Aérea Ecuatoriana, que en conjunto son las entidades a las que pertenecen los servidores militares.

4.2.2. La función de los servidores militares.

Como conocemos el término función, hace referencia a la actividad que debe cumplir una persona, en favor de la institución a la que pertenece, contribuyendo de este modo a la consecución de los objetivos que dicha entidad persigue.

En el caso de la función militar, que debe ser cumplida por los servidores militares, esta ha sido conceptuada, con diferentes opiniones según los autores que han escrito sobre el tema.

Juan Cruz Alli Turrillas, señala su criterio en los siguientes términos:

> "La función militar es un servicio del Estado a la comunidad nacional prestado por las Fuerzas Armadas, bajo la dirección del Gobierno para cumplir las misiones establecidas en la Constitución. La función militar

presta este servicio y ha de entenderse por “función”, tanto el conjunto de funcionarios como, de ahí viene el nombre de estos, la función que realizan; la bélica y también la disuasoria y solidaria, es decir un servicio público”[20].

La función militar consiste entonces, en el servicio que presta el Estado a la sociedad a través del as Fuerzas Armadas, y que tiene como propósito emprender acciones bélicas, disuasorias y solidarias, que en conjunto constituyen un servicio público, por lo tanto se asigna a quienes la realizan el nombre de servidores militares.

Otra opinión es la de Andrés Acosta, quien encuadra el análisis de la función militar, en los siguientes términos:

> “La definición de la función militar, parte del hecho de considerar a las Fuerzas Armadas, como un órgano social separado y perfectamente diferenciado del resto de los ciudadanos, distinguiéndose, por esa naturaleza, del funcionario civil por una combinación de consideraciones históricas, sociológicas, éticas y legales; sometido profesionalmente a una disciplina más estricta, a una obediencia extrema a las órdenes de sus superiores, a sanciones inmediatas y duras, y son los únicos que por decisión propia están dispuestos al sacrificio de su vida en defensa de todos, entre otras restricciones a sus derechos ciudadanos”[21].

[20] ALLI TURILLAS, Juan Cruz, La Profesión Militar, Análisis Jurídico, Editorial Leko Print S.A., México D.F., 2000, pág. 41.
[21] ACOSTA ANDRÉS, La Función Militar como Función Pública, Editorial Casa Azul, Lima-Perú, 2003, pág. 41.

De acuerdo con lo manifestado, la función militar, su consideración independiente de la función pública, parte del hecho de que las Fuerzas Armadas, si bien son instituidas por el Estado, constituyen un órgano separado y diferenciado del resto de los ciudadanos; lo que hace a los servidores militares diferentes del funcionario civil, debido a una serie de consideraciones de carácter histórico, sociológico, ético y legal; pues el servidor militar está sometido a un régimen disciplinario más estricto, a la obediencia expresa de órdenes superiores, a sanciones inmediatas, e incluso por su propia decisión, los servidores de la función militar, están dispuestos a sacrificar su vida en defensa de los demás, entre otras restricciones a sus derechos que son impuestas por los mismos ordenamientos jurídicos.

Por todo lo manifestado se puede concluir estableciendo que la función militar es aquella actividad realizada por los servidores de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con las directrices impuestas por el propio Estado, con la finalidad de garantizar la seguridad nacional y de proteger los derechos fundamentales de las personas; aunque los servidores militares sean considerados por algunos Estados como servidores públicos, existen características propias de la función militar, que hacen que sus miembros, quienes por cuenta personal deciden por la carrera militar, deban estar sometidos a un régimen más severo y drástico en cuanto a su disciplina, que no les permite abandonar irresponsablemente sus actividades, sin que esta conducta de abandono sea sancionada de manera adecuada por la Ley,

siendo esta la finalidad que cuya pertinencia pretendo demostrar a través del desarrollo del presente trabajo.

4.2.3. Delitos de función de las servidoras y servidores militares.

La amplitud de las conductas delictivas en las que pueden incurrir las personas, son de diferente naturaleza, y catalogadas de acuerdo con la naturaleza del bien jurídico afectado, con el comportamiento del delincuente, y la actividad que da lugar al quebrantamiento de la norma jurídica.

Son aquellos que estén constituidos por infracciones o violaciones del orden, disciplinario o deberes militares. Entre otros un delito militar seria, por ejemplo, el de deserción, que comete la persona que no cumple el deber de luchar frente al enemigo, o elude el cumplimiento del deber en tiempo de paz, el mismo que objeto de mi estudio.

De allí que en este caso, es necesario referirse a los delitos de función de las servidoras y servidores militares, y como es que éstas personas pueden incurrir en dichas infracciones.

Hugo Muller Solon, elabora un concepto acerca del delito de función, aplicado al ámbito militar, cuando manifiesta:

> "El delito de función es la acción u omisión dolosa o culposa que se encuentra tipificada expresamente en el Código de Justicia Militar

Policial, cometido por un militar o policía en situación de actividad, en acto, ocasión o como consecuencia del servicio en el cumplimiento de las finalidades de la Constitución Política del Perú, las leyes y los reglamentos respectivos establecen para las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional"[22].

Queda claro de acuerdo con el concepto citado, que se está frente a una conducta que debe ser catalogada como delito de función; cuando este comportamiento es resultado de la acción u omisión, de tipo doloso o culposo, que está tipificada por el Código de Justicia Militar, y que es cometida por una persona que está desempeñándose como militar o policía, y se encuentra en situación de actividad.

Es elemento intrínseco en la definición del delito de función, que la conducta constitutiva de esta infracción se cometa en acto, ocasión o como consecuencia de la actividad desarrollada por los militares o policiales, de acuerdo con la Constitución de la República, las leyes y los reglamentos establecidos para regular la actividad de las Fuerzas Armadas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha elaborado también una opinión acerca de la concepción jurídica del delito de función, cuando manifiesta:

[22] MULLER SOLON, Hugo, Delios de Función y la nueva legislación penal militar en el Perú, Editorial Ilustrados, Lima-Perú, 2010, pág. 6.

> “El delito de función es una conducta que afecta los bienes jurídicos vinculados a las funciones de las fuerzas armadas, cuyo agente es un militar en actividad que ha cometido dicho ilícito en el ejercicio de sus funciones”[23].

En este caso se establece que el delito de función, es una conducta que produce la afectación a bienes jurídicos, que tienen relación con las funciones de las fuerzas armadas, cuyo sujeto activo es un militar que se encuentra desarrollando activamente su servicio al Estado, y que dicho acto se cometió en ejercicio de las funciones que desempeña esta persona.

Las referencias anotadas permiten establecer algunos elementos para identificar, la naturaleza jurídica y las características principales de los delitos de función, como conductas ilícitas, activas u omisivas, que pueden ser cometidas tanto por los militares como por los policías, mientras se encuentran en servicio activo dentro de las instituciones a las que pertenecen.

En el caso que nos ocupan, son delitos de función de las servidoras y servidores militares, los que cometen estas personas en el ejercicio de la prestación de sus servicios a la Institución Militar.

En el terreno doctrinario entonces, para que haya delito militar será necesario: que el acto de que se trate atente contra la institucionalidad de las

[23] ALIAGA CASTILLO, César, Nuevo enfoque de los Delitos de Función en el Ámbito Militar y Policial, Editorial Fuero Militar, Bogotá-Colombia, 2008, pág. 41.

fuerzas armadas; que sea reprimido por el Código penal, aclarado el principio básico precedente, surge con claridad la naturaleza jurídica de los delitos de funciones de los servidores militares, no se trata de acciones que denotan más o menos peligrosidad social en el sujeto que las comete, o más o menos falta de adaptación al medio social en el mismo, sino que puede disminuir o debilitar la capacidad bélica del Estado.

La primera característica tiene relación con los sujetos que intervienen en los delitos de función de las servidoras y servidores militares; como sujetos activos de los delitos de función, pueden identificarse solamente a los servidores militares en servicio activo, es decir en el desempeño de las funciones asignadas a ellos.

En cuanto al sujeto pasivo, en los delitos de función que pueden ser cometidos por las servidoras y servidores militares, que se encuentran en ejercicio de sus funciones.

Se excepcionan de ser considerados como sujetos responsables de este delito quienes se encuentren en situación de disponibilidad y retiro, y los servidores civiles que laboran en las Fuerzas Armadas, pues ellos no realizan una labor estrictamente de naturaleza militar.

El sujeto pasivo en los delitos de función cometidos por las servidoras y servidores militares, necesariamente son las Fuerzas Armadas como institución, ya que el bien jurídico protegido por el derecho penal militar, se

vincula de manera directa con los fines asignados por la Constitución de la República a esta institución.

También se identifica como otro elemento de los delitos se función de los servidores públicos, que la acción que configura los mismos, se perpetre en el acto del servicio, es decir con ocasión de encontrarse realizando actividades propias de la institución militar.

Reunidos todos los elementos anteriores, se establece un concepto de delito de función, definiéndolos como las conductas ilícitas tipificadas, descritas y penalizadas en el Código Penal, por hechos que corresponden y se dan de forma exclusiva en el ámbito militar, en las relaciones entre militares, o en el desarrollo de un conflicto armado en el que está involucrada la institución militar; sujetos responsables son todos las servidoras y servidores de la institución militar, que incurren en el acto tipificado como infracción, al estar desempeñando actividades propias de su función.

4.2.4. La deserción en tiempo de paz.

Otra especie de deserción, que se puede verificar, es la ocasionada por el abandono de las funciones militares, en tiempo de paz, por lo que también es necesario considerarla de manera específica para poder abordar sus principales características, como conducta que debe ser tipificada como delito de función de las servidoras y servidores militares.

Milton Salgado Reyes, aporta un concepto, en los siguientes términos:

> “Se da el nombre de deserción en tiempo de paz, al abandono de la unidad, servicio, o frente al que ha sido asignado un militar, cuando no se está suscitando un enfrentamiento bélico.
>
> Esta forma de deserción se castiga generalmente, con la condena a un tiempo de privación de la libertad del desertor”[24].

De acuerdo con la cita, es calificada como deserción en tiempo de paz, la conducta cometida por un militar, al abandonar la unidad, servicio o frente al que ha sido asignado, cuando la institución no está enfrentando un conflicto bélico, por esta conducta los desertores reciben sanciones consistentes en la privación de la libertad.

La deserción o abandono de función en tiempo de paz, debe ser castigada también, porque atenta contra los principios disciplinarios que caracterizan a la institución militar, y que obliga a sus miembros a la obediencia y al cumplimiento estricto de las Leyes y ordenamientos jurídicos en este ámbito, por lo que para la separación de la institución a la que pertenece la servidora o servidor militar, deberán seguirse y cumplirse los requisitos previstos en las Leyes pertinentes, como por ejemplo la petición de disponibilidad.

Es fácil entender que el concepto de deserción en tiempo de paz, hace referencia a la conducta que adopta la servidora o servidor militar, de separarse de la institución militar, sin cumplir para ello los presupuestos legales señalados, configurándose de esta forma una especie de abandono, que por las consecuencias que puede representar para el Estado, tiene que

[24] SALGADO REYES, Milton, La Disciplina Militar: visión institucional y legal, Editorial Porrúa S.A., México, D.F., 2008. Pág. 41.

ser sancionado; la sanción en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, es la imposición de penas de privación de la libertad, sin embargo en el caso del Ecuador, como veremos más adelante al desarrollar el marco jurídico, el abandono de la función militar en tiempo de paz, se sanciona únicamente con penas administrativas, es decir con la destitución.

Sin duda alguna la deserción en tiempo de paz, es mucho menos grave que la conducta asumida por quien desierta o abandona a la institución militar en los momentos en que se enfrenta un conflicto bélico; sin embargo no se puede negar la trascendencia de tipo negativo que puede tener, el abandono de la función militar en tiempo de paz, pues las actividades militares entrañan siempre una connotación fundamental para los intereses sociales y nacionales, de allí que quien abandone el cumplimiento de dicha función, sin cumplir con las disposiciones legales elaboradas para el efecto, incurre en una conducta que genera una grave situación de riesgo, y por lo mismo debe ser sancionado penalmente.

4.2.5. Los efectos que produce la deserción para la seguridad del Estado y la sociedad.

La permanencia de los militares en las unidades de destino es un requisito básico y común a cualquier ejército, para el cumplimiento de los fines y objetivos que al mismo le correspondan, en todo momento.

Así, la figura del militar que injustificadamente se ausenta de su destino ha venido siendo tipificada a lo largo de los siglos en atención a las peculiares condiciones de los ejércitos, y a las normas disciplinarias que deben cumplir quienes son parte de estas instituciones.

El sujeto activo de la conducta de deserción, es siempre el servidor militar, es decir la persona que ha ingresado a ser parte de las Fuerzas Armadas a través de cualquiera de las formas previstas en la legislación ecuatoriana.

La conducta básica que comete el servidor militar responsable del delito de deserción es el de abandonar a función que le ha sido asignada dentro de la Unidad Militar a la que sirve, por eso es que se califica como desertor al militar que no se presenta al cumplimiento de la misión o servicio asignado por parte de un superior.

La deserción supone sustancialmente un abandono, una conducta activa, entendiéndose sin embargo que también se trata de un delito de omisión dado que lo esencial no es el apartamiento del servicio, sino la ausencia que supone la no reincorporación en el término legal establecido.

La principal consecuencia de la deserción es entonces la vulneración de las normas jurídicas que imponen a los servidores militares, el deber de asistir puntualmente al cumplimiento de las misiones y funciones que les han sido asignadas.

Pero a partir de la verificación del efecto anterior, surgen otras consecuencias que son más graves, la deserción históricamente ha obedecido a una falta de lealtad y disciplina de los desertores, que olvidando el compromiso de honor que realizaron para con la institución militar abandonan filas.

La seguridad del Estado y de la sociedad en general se pone en riesgo a consecuencia de la deserción, pues el servidor militar que abandona su función sin sujetarse a las normas legales establecidas para ello, puede tener una pretensión negativa, en el sentido de confiar lo aprehendido durante su período de formación a personas o instituciones que tengan algún interés en afectar los intereses del Estado, de hecho quienes han favorecido la incursión militar y el ataque a gobiernos y nacionales, han sido precisamente quienes han desertado de la institución militar a la que servían, de allí la necesidad de que esta infracción no quede en absoluta impunidad.

4.3. MARCO JURÍDICO.

Las normas jurídicas que dentro del ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador, tienen relación con el tema están recogidas en la Constitución de la República, en el Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público, Ley de Personal de Fuerzas Armadas y su reglamento, por lo que en este marco jurídico se va a estudiar los preceptos pertinentes, además de ello se hará una breve referencia a como está regulada la deserción en otros países.

4.3.1. En la Constitución de la República del Ecuador.

Dentro de las normas constitucionales que están relacionadas con la temática, se debo analizar las normas que está prevista en la Constitución de la República, y cuyo análisis se considera pertinente en este trabajo, es la que determina lo siguiente:

> "Art. 158.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos.
>
> Las Fuerzas Armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía y la integridad territorial.
>
> La protección interna y el mantenimiento del orden público son funciones privativas del Estado y responsabilidad de la Policía Nacional.

> Las servidoras y servidores de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se formarán bajo los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos, y respetarán la dignidad y los derechos de las personas sin discriminación alguna y con apego irrestricto al ordenamiento jurídico”[25].

De acuerdo con el inciso primero del artículo citado, las Fuerzas Armadas, son instituciones que tiene como propósito la protección, de los derechos, libertades y garantías de las personas, y como misión fundamental, la defensa de la soberanía e integridad del territorio nacional del Estado ecuatoriano.

Según se señala en el precepto que se comenta, la protección y mantenimiento del orden público a nivel interno, son funciones privativas del Estado ecuatoriano, y responsabilidad que debe ser asumida por la Policía Nacional, no obstante en los últimos tiempos las Fuerzas Armadas, han asignado un significativo número de sus elementos operativos, con la finalidad de ayudar al ente policial en el control y garantía de la seguridad y el orden interno, esta decisión se tomó ante la necesidad de combatir y hacer frente al inmenso auge delictivo que afecta la tranquilidad y el orden en las principales ciudades del país.

El inciso final del artículo constitucional que se analiza, determina que las servidoras y servidores de las Fuerzas Armadas, reciben una formación que se fundamenta en la democracia y en los derechos humanos, proclamando y

[25] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicación Oficial de la Asamblea Nacional, Quito-Ecuador, 2012, pág. 91.

respetando la dignidad y los derechos de las personas, sin discriminación de ningún tipo, y sujetándose en toda instancia las normas jurídicas vigentes.

Es conveniente destacar que de acuerdo con las precisiones realizadas en el texto constitucional recogido en el artículo, las Fuerzas Armadas, tienen la obligación de proteger la integridad y la soberanía nacional, y de dar seguridad para el mantenimiento del orden social y la democracia, es esta finalidad la que se pone en riesgo cuando ocurre un caso de deserción de una servidora o servidor público.

La deserción además, como resulta evidente, es una conducta que se opone directamente al ordenamiento jurídico que rige la institución militar y a las servidoras y servidores que la integran, pues es evidente que la conducta de quien deserta afecta la vigencia de principios militares elementales, como L honor, disciplina, y la lealtad, siendo por esto indispensable que el régimen jurídico sancionador sea tan drástico, como grave es la conducta que se reprime.

4.3.2. En el Código Penal ecuatoriano.

A partir de la reforma realizada al Código Penal ecuatoriano, que se publica en el Registro Oficial N° 196, del 19 de mayo del 2010, constan en este cuerpo legal, los denominados Delitos de Función de Servidoras y Servidores Policiales y Militares, bajo ese epígrafe constan tipificadas las

conductas relacionadas con la deserción a las cuales se hace referencia en este trabajo.

En el Titulo XI; Capítulos I, II, III, artículos 602.3 al 602.61 del Código Penal ecuatoriano se describen los delitos cometidos por militares o policías en ejercicio de sus funciones, así, la insubordinación; la conspiración o proposición para perpetrar sedición; el abuso de facultades; el desacato; la destrucción o inutilización de bienes destinados a la seguridad pública o defensa nacional; la violación de correspondencia; el uso indebido o fraudulento de información pública; el hurto o robo de bienes de uso policial o militar; los actos en contra de ciudadanas o ciudadanos; la elusión de responsabilidades; la alteración de evidencias; la traición a la Patria; el espionaje; la rebelión; la deserción; el homicidio, torturas y tratos crueles a personas protegidas

En el Código Penal ecuatoriano en lo que respecta a los delitos de funciones militar o policial serán sancionados con estricta observancia a los derechos y garantías constitucionales, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Función Judicial las salas especiales de materia militar son las única que puede conocer y sancionar este tipo de delitos cometidos por las servidoras y servidores militares en el cumplimiento de su función específica.

Para el análisis de las normas del Código Penal, relacionadas con la problemática, es interesante empezar por conocer el concepto legal acerca

de los delitos de función, en los que pueden incurrir las servidoras o servidores militares, para ello se debe citar el artículo pertinente que dice:

> "Art. ... (114.4).- Delitos de función militar o policial.- Delitos de función militar o policial son las acciones u omisiones tipificadas en el presente Código, cometidas por una o un servidor militar o policial en servicio activo, que se encuentre en relación directa, concreta, próxima y específica con su función y posición jurídica de acuerdo a la misión establecida en la Constitución y demás leyes aplicables, que afecten a las personas, a los bienes o a las operaciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Los delitos de función pueden cometerse en tiempo de paz o durante conflicto armado internacional o no internacional.
>
> Las servidoras o servidores militares o policiales serán juzgados y sancionados con estricta observancia a los derechos y garantías constitucionales"[26].

Tomando como referencia el precepto legal anotado, se puede establecer que el concepto legal de delitos de función militar, es aquel que designa a las conductas activas u omisivas, tipificadas en el Código Penal, y que son cometidas, por un servidor militar, en servicio activo, que estén relacionadas directa, concreta, próxima y específicamente con la función y posición jurídica, de acuerdo con la misión prevista en la Constitución de la República y demás leyes aplicables; y de la cual resulte algún perjuicio o daño para las personas, bienes u operaciones de las Fuerzas Armadas.

[26] CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012, pág. 15.

La norma anterior, deja muy claro que los delitos de función, pueden ser cometidos tanto en tiempo de paz, o durante el desarrollo de un conflicto armado, que puede ser internacional o no internacional. Por lo tanto el conflicto armado no supone necesariamente el enfrentamiento con Fuerzas Armadas de otro Estado, sino que puede darse también a lo interno del territorio nacional para repeler alguna acción que afecte la seguridad e integridad del Ecuador.

Para juzgar a las servidoras y servidores militares por su responsabilidad en el cometimiento de un delito de función, se observarán estrictamente las garantías y derechos previstos en la Constitución de la República del Ecuador, esto por cuanto están sometidos a un régimen penal, que ahora es competencia de la Función Judicial, que a través de los jueces especializados en materia militar, impartirán justicia respecto de los actos ilícitos en los que incurran.

En cuanto a la deserción que es el delito de función de las servidoras y servidores militares que motiva la realización de este trabajo investigativo, el Código Penal ecuatoriano, tipifica las siguientes normas:

> "Art. ... (602.34).- Deserción.- Será sancionado con prisión de tres meses a un año, la servidora o servidor militar que, en conflicto armado, abandonare por más de cinco días el puesto, servicio o función que le hubiere sido designado, de forma ilegal e injustificada"[27].

[27] CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012, pág. 84.

El artículo de la cita, cataloga la deserción como la conducta de la servidora o servidor, que en un conflicto armado, abandonare, el puesto, el servicio o la función que se le hubiere asignado por más de cinco días; es elemento esencial que el abandono se haya producido de forma ilegal e injustificada. La sanción para quien así actúa, es de prisión de tres meses a un año.

El precepto citado, hace referencia únicamente al delito de deserción, cuando este es cometido en tiempo de conflicto armado, por lo tanto en el caso de que la servidora o servidor militar, abandone su puesto, servicio o función, se tendrá como una falta de carácter administrativo, y la sanción aplicable en estos casos, al igual que en el régimen del servicio público en general, será la destitución.

Es la norma anterior, la que ha merecido un cuestionamiento, por cuanto el abandono de funciones en tiempo de paz, realizado de forma ilegal e injustificada, es decir sin que se cumplan las condiciones establecidas en la ley, o sin sujetarse a los protocolos militares, también entraña una conducta grave de la servidora o servidor militar que así actúa, la cual puede poner en riesgo una misión militar, o el logro de los objetivos determinados en la unidad a la que estaba asignada, la persona que abandona su función.

La reflexión anterior demuestra la necesidad de que se incluya también el abandono de funciones en tiempo de paz como una especie de deserción y que en este caso también se aplique una sanción de carácter penal, la que lógicamente deberá ser menor a la señalada para la deserción en tiempo

conflicto armado, pues el grado de gravedad de aquella conducta, es menor al de ésta.

En cambio se hace indispensable que la pena para el desertor sea aumentada considerando el riesgo que se genera para la Institución Militar, y para el Estado, al producirse la deserción, este hecho debería ser considerado al momento de concretar una posible reforma al Código Penal, en cuanto al delito de deserción como delito de función de las servidoras y servidores públicos.

Finalmente en el Código Penal ecuatoriano, se anotan ciertas circunstancias especiales que modifican la consideración de la conducta del desertor y consecuentemente, provocan cambios en cuanto tiene que ver con la graduación de la pena; estas circunstancias se describen en el artículo que se procede a analizar.

> "Art. ... (602.36).- Circunstancias especiales de deserción.- A los desertores se les impondrá el máximo de la pena si la deserción se cometiere en complot, en territorio enemigo, hurtando, robando o destruyendo los bienes de las Fuerzas Armadas"[28].

La pena descrita en los casos anteriores, es decir la privación de la libertad de tres meses a un año, se aplicará en su grado más alto, si la conducta del

[28] CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012, pág. 85.

desertor se comete en complot, en territorio enemigo, apropiándose o destruyendo los bienes pertenecientes a las Fuerzas Armadas ecuatorianas.

Por lo tanto se castigaría con un año de prisión la conducta de la servidora o servidor militar, que comete la deserción, con el objeto de afectar a las Fuerzas Armadas del Estado ecuatoriano, a través del complot, o de la apropiación y destrucción de bienes pertenecientes a la institución.

En los comentarios anteriores se evidencia los inconvenientes que existen en la tipificación del delito de deserción, en el Código Penal ecuatoriano, los que consisten principalmente en que la deserción en tiempo de paz, no es sancionada con la imposición de penas privativas de la libertad; y, en que la deserción cometida en tiempo de conflicto, no cumple con el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones.

Estos inconvenientes deben ser subsanados a través del planteamiento de una reforma al Código Penal ecuatoriano.

La Ley de Personal de las Fuerzas Armadas y su Reglamento General.

También es importante revisar dentro del presente marco jurídico, las normas que en relación con la problemática jurídica investigada, están previstas en la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, y su Reglamento, que contienen normas que sirven para ilustrar el tratamiento diferente de los servidores militares, respecto a los demás servidores de las instituciones del Estado Ecuatoriano.

La Ley de Personal de las Fuerzas Armadas en su artículo 61,62 y 63, dispone:

> "Art. 61.- Los oficiales de arma, servicio o técnicos y los especialistas tienen la obligación de prestar sus servicios en las fuerzas armadas por un tiempo no menor de cuatro años a partir de su incorporación como oficiales.
>
> Art. 62.- Personal de tropa tiene la obligación de prestar su servicios en al fuerzas armadas, por un tiempo no menor de cuatro años, a partir de su incorporación.
>
> Art. 63.- Si los militares solicitaren su separación de las Fuerzas Armadas antes de cumplir con los tiempos establecidos en los artículos anteriores, pagarán la indemnización establecida en el Reglamento respectivo"[29].

Es decir que, la servidora o servidor militar, oficiales o tropa tiene la obligación de prestar sus servicios, como mínimo cuatro años cantados a partir de la fecha de su incorporación, además quien solicitare su separación de las Fuerzas Armadas, antes de que se cumplan los tiempos obligatorios de servicio previstos en la Ley, están obligados a realizar el pago de la indemnización correspondiente.

> "Art. 71.- El militar que hubiere realizado cursos de especialización profesional en el país o en el exterior, tendrá la obligación de permanecer en servicio activo, por un tiempo igual al

[29] http://jfervilla.files.wordpress.com/2010/11/ley-de-personal-de-las-fuerzas-armadas2.pdf

doble y al triple, respectivamente, del tiempo utilizado en sus estudios. En ningún caso, este tiempo será inferior a cinco años.

Si los militares fueren dados de baja antes de cumplir el tiempo establecido en el inciso anterior, pagarán la correspondiente indemnización establecida en el respectivo Reglamento"[30].

De acuerdo con la norma anterior, el servidor militar, que haya sido designado para la realización de cursos de especialización profesional, está obligado a permanecer en servicio activo, por un tiempo igual al doble y al triple del tiempo utilizado en sus estudios, respectivamente. En ningún caso el tiempo de permanencia obligatoria después del cumplimiento del curso será inferior a cinco años. Si los servidores militares, son dados de baja antes de cumplir el tiempo antes señalado, deberán pagar la indemnización correspondiente.

La disposición citada, obliga al servidor militar a la permanencia en el servicio por un tiempo determinado, consecuentemente no se puede abandonar la institución, aún en tiempo de paz, pues esta conducta consiste en una infracción que afecta gravemente los intereses del Estado, por los niveles de especialización que puede alcanzar el servidor militar que deserta.

La forma en que se hará el pago de la indemnización correspondiente, está prevista en el Reglamento General a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, que en las disposiciones que corresponde, señala:

[30] http://jfervilla.files.wordpress.com/2010/11/ley-de-personal-de-las-fuerzas-armadas2.pdf

> "Art. 49.- Para el cálculo de la indemnización a la que se refiere el artículo 63 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, se mantendrá en los institutos de formación una base de datos con la que se calculará el total de los gastos realizados en la formación del Oficial o personal de tropa, el resultado se dividirá para el número de años que según los artículos 61 y 62 de la referida ley se debe prestar servicio y se deducirá el tiempo que efectivamente permaneció dentro de Fuerzas Armadas"[31].

Es decir el monto de la indemnización que deberá cancelar el servidor militar, que abandone el servicio antes del tiempo que obligatoriamente debe permanecer dentro de la institución, depende de los gastos realizados en su formación, y el resultado será dividido para el número de años por los cuales debe prestar el servicio y se deducirá el tiempo que efectivamente permaneció en servicio activo.

En el caso de los servidores militares asignados para el cumplimiento de cursos de especialización, la indemnización en caso de abandono, se computará de la siguiente manera.

> "Art. 50.- Para el cálculo de la indemnización a la que se refiere el último inciso del artículo 71 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, la institución a través del Dirección de Finanzas mantendrá la base de datos que contengan todos los rubros entregados, por parte de la Fuerza, al militar para la realización del curso de especialización profesional en el país o en el exterior, este valor se dividirá para el

[31] REGLAMENTO GENERAL A LA LEY DE PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, pág. 15.

tiempo que debe devengar en la institución y se deducirá el tiempo que efectivamente permaneció en servicio activo. Si la especialización profesional se la realiza sin perjuicio de las actividades propias de su horario de servicio, no habrá indemnización, por cuanto se considera que devengan el costo de la misma”[32].

Se utilizará también la base de datos en la cual consten todos los rubros entregados por las Fuerzas Armadas, en beneficio del militar designado para realización del curso, esta valor será dividido para el tiempo que debe devengar en la institución, y del total de deducirá el que efectivamente prestó servicio activo.

No hay lugar a la indemnización, cuando el curso de especialización se realiza sin perjuicio de las actividades propias de su horario de servicio.

Es decir que existe un régimen bastante severo el cual está asociado con la obligación de lealtad que debe demostrar todo servidor militar, para la institución que aporta a su formación profesional, y sobre todo a los intereses que esta persigue, al invertir en dicha instrucción.

4.3.3. En la Ley Orgánica de Servicio Público.

El Servicio Público en el Ecuador, está regulado por la denominada Ley Orgánica de Servicio Público, que en relación con la temática que se estudia en este trabajo, plantea lo siguiente:

[32] REGLAMENTO GENERAL A LA LEY DE PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, pág. 15.

De acuerdo con el Art. 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, las servidoras y servidores militares están sujetos a su régimen pues el inciso cuarto de esta disposición de forma textual manifiesta:

> "De conformidad con lo establecido en los artículos 160, 170 y 181 numeral 3 de la Constitución de la República, los miembros activos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y el personal de carrera judicial se regirán en lo previsto en dichas disposiciones por sus leyes específicas y subsidiariamente por esta ley en lo que fuere aplicable"[33].

Es decir que la Ley Orgánica de Servicio Público, tiene aplicación para regular todo lo concerniente con la carrera profesional de los servidores de las Fuerzas Armadas, en consecuencia ellos están sujetos a la siguiente norma jurídica:

> "Art. 48.- Causales de destitución.- Son causales de destitución:
>
> b) Abandono injustificado del trabajo por tres o más días laborables consecutivos"[34].

De acuerdo con lo señalado en el artículo anterior el abandono injustificado del trabajo, por más de tres días consecutivos, será sancionado con la destitución, o sea con la separación definitiva del cumplimiento de funciones.

---

[33] LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012, pág. 4.

[34] LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012, pág. 35.

Desde el punto de vista administrativo sería aplicable la destitución a los servidores militares, que abandonan el cumplimiento de su función por tres o más días consecutivos; sin embargo esta sanción no es proporcional a la gravedad de la conducta irresponsable y desleal que comete el servidor militar, pues como se ha mencionado reiteradamente, existen en el servicio militar ciertas condiciones que lo hacen diferente, en cuanto a disciplina y responsabilidad se refiere, ya que del cumplimiento cabal de las funciones militares depende la seguridad de una nación, y de la sociedad toda que la integra, de allí que es insuficiente que el desertor militar sea sancionado únicamente con destitución, la pena tiene que ser necesariamente privativa de la libertad, y hacia allí está orientado el planteamiento propositivo que constará en este trabajo.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

No sólo en el caso de la legislación penal ecuatoriana se establece como infracción, el delito de deserción de las servidoras y servidores militares, en todos países se han elaborado ordenamientos jurídicos que entre las conductas ilícitas en las que puedan incurrir estas personas, contemplan también a la deserción. Para tener una referencia de como se ha regulado esta situación, en otros Estados, se ha considerado oportuno analizar las normas que constan en las siguientes Leyes.

4.4.1. Código Penal Militar de España.

En el caso de España, el Código Penal Militar de ese país, tipifica el delito de deserción describiendo la conducta que lo constituye, y también señalando la pena que ha de imponerse a quien la comete, la disposición pertinente, dice:

> "Artículo 120. Comete deserción el militar profesional o el reservista incorporado que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años"[35].

[35] http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo13-1985.l2t6.html#c3s2

De acuerdo con lo expuesto en la norma anterior, en España, se califica como deserción la conducta cometida por el militar profesional, o el reservista incorporado a la prestación de servicios militares, que con el ánimo de evitar el cumplimiento de las obligaciones militares, es decir de sus funciones, se ausenta de la unidad a la que ha sido asignado; de su destino o del lugar de residente.

La pena que se impone al profesional militar, que deserta de la institución, es de prisión de dos años cuatro meses, a seis años de prisión. Esto, si la deserción se produce en tiempo de paz.

En los casos en que la deserción acontezca en tiempo de guerra, la sanción que se impone al responsable es de prisión de seis a quince años.

Es fácilmente perceptible, que la legislación española, en cuanto a la tipificación del delito de deserción de las servidoras y servidores militares, es diferente a la que sobre este miso aspecto se encuentra vigente en el Ecuador.

Estos aspectos diferenciadores son: que se sanciona tanto a los servidores militares, como a los reservistas; se castiga la deserción en tiempo de paz, también la deserción en tiempo de guerra; y, el régimen sancionador es mucho más drástico que el establecido en el caso del Código Penal ecuatoriano.

4.4.2. CÓDIGO PENAL MILITAR DE COLOMBIA.

En el caso de la legislación colombiana, también se sanciona el delito de deserción, por lo que es oportuno revisar brevemente la forma en que se lo hace y los aspectos diferenciadores con la tipificación de esta conducta en el Código Penal del Ecuador.

El Código Penal Militar de Colombia, tipifica el delito de deserción, en la siguiente forma:

> "ARTÍCULO 109. DESERCIÓN. Incurrirá en prisión de ocho (8) meses a dos (2) años, quien estando incorporado al servicio militar realice alguna de las siguientes conductas:
>
> 1. Se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos del lugar donde preste su servicio.
>
> 2. No se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado.
>
> 3. Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares.
>
> 4. El prisionero de guerra que recobre su libertad hallándose en territorio nacional y no se presente en el término previsto en los numerales anteriores"[36].

[36] http://www.encolombia.com/derecho/Codigopenalmilitarcolombiano/titulo2ii.htm

En el caso de la legislación colombiana, se consideran como deserción las conductas de la persona incorporada al servicio militar que realiza comportamientos como: ausentarse sin permiso por más de cinco días seguidos, del lugar donde presta permiso; no presentarse a sus superiores, dentro de los cinco días posteriores a la fecha de salid, licencia, incapacidad, permiso, u otro acto de servicio, o en que deba presentarse por haberse dispuesto su traslado; traspasar sin autorización para el efecto los límites señalados al campamento por el jefe de tropa; haber recobrado la libertad habiendo estado en condición de prisionero de guerra y no presentarse en el término previsto en los plazos anteriores.

La deserción cometida a través de cualquiera de las conductas mencionadas en el párrafo anterior, se sanciona en el caso de la legislación colombiana, con una pena privativa de la libertad, de prisión de ocho meses a dos años.

Los aspectos diferenciadores entre la legislación contenida en el Código Penal Militar de Colombia, y el Código Penal ecuatoriano, es que en el ordenamiento extranjero se realiza con más detalle la descripción de las conductas que configuran el delito de deserción, cosa que no sucede en el caso del nacional, en el cual se hace una descripción muy expresa de cómo debe considerarse este delito. Debe destacarse sin embargo que las penas con que se sanciona la deserción en Colombia, son mucho más severas que las establecidas para este mismo delito en el Ecuador, lo que confirma que la gravedad de la deserción es considerable y esto debe ser tomado en cuenta al momento de sancionarla en la legislación penal ecuatoriana.

4.4.3. CÓDIGO PENAL MILITAR DE NICARAGUA.

Dentro del análisis de la forma en que se ha tipificado el delito de deserción en otras legislaciones, ahora se recurre a estudiar la norma que sobre esta conducta está contemplada en el Código Penal Militar de Nicaragua.

> "Artículo 154.- Delito de Deserción
>
> Comete delito de Deserción y será sancionado con la pena de uno a cinco años de prisión, el militar que injustificadamente y por un término de quince días o más:
>
> a) Se ausentare de la unidad o lugar donde presta servicio sin autorización.
>
> b) No se presentare al servicio al vencimiento de una autorización, permiso o licencia o tan pronto conozca su revocación.
>
> c) Cuando fuere destinado a un mando, trasladado o designado a cumplir cualquier servicio o al ser puesto en libertad o dado de alta de un centro hospitalario y no se presentare a su unidad militar.
>
> En situaciones de conflicto armado, durante acciones combativas o si la unidad se encuentra en elevada o completa disposición combativa, el delito previsto en el párrafo anterior se integrará después de transcurridas cuarenta y ocho horas y la sanción será de dos a ocho años de prisión.
>
> Si de las circunstancias en que el delito se ha cometido se derivara la clara intención de evadir definitivamente el servicio militar, el delito se

considerará cometido, independientemente del término transcurrido”37.

También en el caso de la legislación penal militar de Nicaragua, se señalan algunas conductas que son constitutivas del delito de deserción, en la cual incurre el militar que injustificadamente, se ausente de la unidad militar o lugar donde presta servicio; no se presenta al servicio al vencimiento de una autorización de salida, permiso o licencia; haya sido destinado a un mando, traslado o designado a cumplir cualquier servicio o al ser puesto en libertad o dado de alta en un centro hospitalario; si estas conductas perduran por un término de quince días o más, y se cometen en tiempo de paz, la sanción será de pena de uno a cinco años de prisión.

Cuando las conductas anteriores, se cometen en tiempo de conflicto armado, o en circunstancias de disposición combativa, el servidor militar tiene la obligación de integrarse después de cuarenta y ocho horas al servicio militar, sino lo hace la sanción será de dos a ocho años de prisión.

Si de las circunstancias que configuran la conducta se demuestra la intención de evadir de forma definitiva el servicio militar, el delito se considera cometido, independientemente del término de ausencia que transcurra.

[37] http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/%28$All%29/9DDA1F7C3867326B0625754C00741374?OpenDocument

En este caso las diferencias que se pueden evidenciar entre el ordenamiento jurídico nicaragüense y el ecuatoriano, están en que se sanciona tanto la deserción en tiempo de paz, como en tiempo de conflicto armado, y en que se aplica un régimen punitivo sumamente severo, siendo las penas acopladas al principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones, situación que no sucede en cambio en caso de la legislación penal ecuatoriana.

Del análisis a la legislación comparada, que se presenta en las páginas que anteceden, es posible determinar que en aquellos ordenamientos jurídicos se hace una tipificación más amplia y efectiva del delito de deserción, con lo cual se contribuye de manera segura a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de parte de los servidores militares, y consecuentemente la institucionalidad de las Fuerzas Armadas, objetivos que deberían cumplirse también en el caso de nuestro país.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

En esta parte de la investigación, corresponde realizar el detalle de los recursos metodológicos que se han empleado con la finalidad de poder desarrollar el trabajo, en cada una de sus fases:

5.1. MATERIALES.

Los recursos materiales que se han empleado para la elaboración de este trabajo, son los comunes utilizados para la ejecución de un trabajo investigativo, a saber: material y útiles de escritorio, papel, computadora, impresora, calculadora, cartulinas y micas para el empastado final de la tesis; y proyector infocus que será utilizado como material principal en la exposición de la tesis.

5.2. MÉTODOS.

Entre los métodos cuyo contingente fue empleado para desarrollar el trabajo investigativo están los siguientes:

MÉTODO CIENTÍFICO: Se empleó desde la formulación misma de la problemática, y del planteamiento de los objetivos e hipótesis, los cuales constituyen la base principal, para el desarrollo de todo el trabajo teórico y fáctico que se ha desarrollado, y también para presentar como resultado final

del trabajo, la propuesta que consta en la parte final del mismo a través del cual se pretende dar una solución al problema detectado.

MÉTODO INDUCTIVO DEDUCTIVO: Este método permite inducir, es decir determinar los hechos particulares por los que se identifica la incidencia de la problemática en la sociedad ecuatoriana; y deducir a través de un razonamiento lógico las causas de esos hechos y la solución que se debe dar a los mismos, la que no puede ser otra que encontrar una alternativa jurídica que permita corregir lo vacíos e insuficiencias que de identifica en el Código Penal, en relación con el delito de deserción.

MÉTODO BIBLIOGRÁFICO: Fue de gran ayuda especialmente en el planteamiento de la revisión de literatura, ya que a través de la consulta bibliográfica en textos relacionados con el derecho penal, el derecho penal militar; y en las leyes que contienen normas que hacen referencia al tema, fue posible estructurar la parte teórica del trabajo.

MÉTODO DESCRIPTIVO: Se empleó este método tanto en la parte teórica para realizar la descripción de cada una de las categorías conceptuales, doctrinarias y jurídicas que forman parte de la revisión de la literatura; como en la parte correspondiente a la investigación de campo, en donde se hace la descripción de la información obtenida, el análisis e interpretación de la misma.

MÉTODO ANALÍTICO SINTÉTICO: De igual manera este método es empleado para analizar y sintetizar los criterios conceptuales, doctrinarios y jurídicos expuestos en la revisión de la literatura; y, para el análisis y síntesis de la información recabada en el trabajo investigativo de campo.

MÉTODO COMPARADO: Se empleó este método en la parte final del marco jurídico que consta en la revisión de literatura, en donde se recurre a realizar una comparación entre las normas que sobre la deserción están prevista en el Código Penal ecuatoriano, y las que se incluyen en la legislación de otros países, específicamente en el Código Penal Militar de España, el Código Penal Militar de Colombia; y, el Código Penal Militar de Nicaragua.

MÉTODO ESTADÍSTICO: Se empleó para realizar la presentación de los resultados obtenidos a través de la encuesta y la entrevista, en el primer caso mediante la presentación de cuadros, gráficos estadísticos y el análisis e interpretación de estos resultados; y en el segundo caso mediante la presentación de los criterios obtenidos de parte de los entrevistados y la elaboración de un comentario final acerca de estas opiniones.

5.3. TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS.

Las técnicas que se han empleado en la ejecución de este trabajo investigativo son las siguientes:

CONSULTA BIBLIOGRÁFICA: Fue aplicada para recabar los criterios conceptuales, doctrinarios y jurídicos que se presentan en la parte teórica del trabajo a través de la revisión detenida, de los contenidos de las obras nacionales e internacionales que tienen relación con el tema; y de la legislación nacional y de la de otros países, acerca de la tipificación del delito de deserción de las servidoras y servidores militares.

ENCUESTA: Fue elaborada en base al planteamiento de cinco preguntas, que están relacionadas todas ellas con la problemática que es objeto de estudio, estructurado el formulario se aplicó a una población de treinta integrantes, escogida al azar, y conformada por profesionales del derecho y servidores militares, que en el respectivo formato, supieron dar su respuesta acerca de las inquietudes planteadas.

ENTREVISTA: Se realizó a través del planteamiento de cuatro preguntas, previamente elaboradas y relacionadas con el objeto de estudio, la cual se aplicó a personas que en razón de desempeñar funciones inherentes al derecho penal, tiene conocimiento acerca del problema investigado.

El procedimiento para la ejecución y presentación final de este trabajo en todas sus partes se acopla a las disposiciones pertinentes del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, tanto en su parte formal como en su estructura de fondo.

6. RESULTADOS.

6.1. RESULTADOS DE LA ENCUESTA.

Con la finalidad de afianzar la presente investigación en resultados fácticos, que confirmen la incidencia real objetiva de la problemática en la sociedad ecuatoriana, de acuerdo con lo planificado en el proyecto de investigación, se realizó la aplicación de una encuesta de acuerdo al siguiente detalle.

En primera instancia, se realizó la elaboración del formulario de encuesta el que contiene cinco preguntas relacionadas de forma directa con el problema estudiado. Una vez estructurada la encuesta, se escogió al azar una muestra de treinta personas, integrada por profesionales del derecho en libre ejercicio y por servidores militares que tienen un conocimiento cercano acerca de la temática sobre la cual versaba el formulario aplicado.

Debo manifestar que el trabajo de aplicación del formulario con las preguntas se realizó de forma directa y que de parte de las personas que fueron requeridas para que aporten con sus opiniones en la encuesta, se obtuvo una excelente colaboración, que hizo posible que se obtengan los resultados que se presentan a continuación, auxiliándome para ello de la estadística descriptiva, que permitirá ilustrar de mejor forma el trabajo de campo realizado y la información que se obtuvo en el mismo, para presentar los datos se sigue el orden en que fueron planteadas las preguntas.

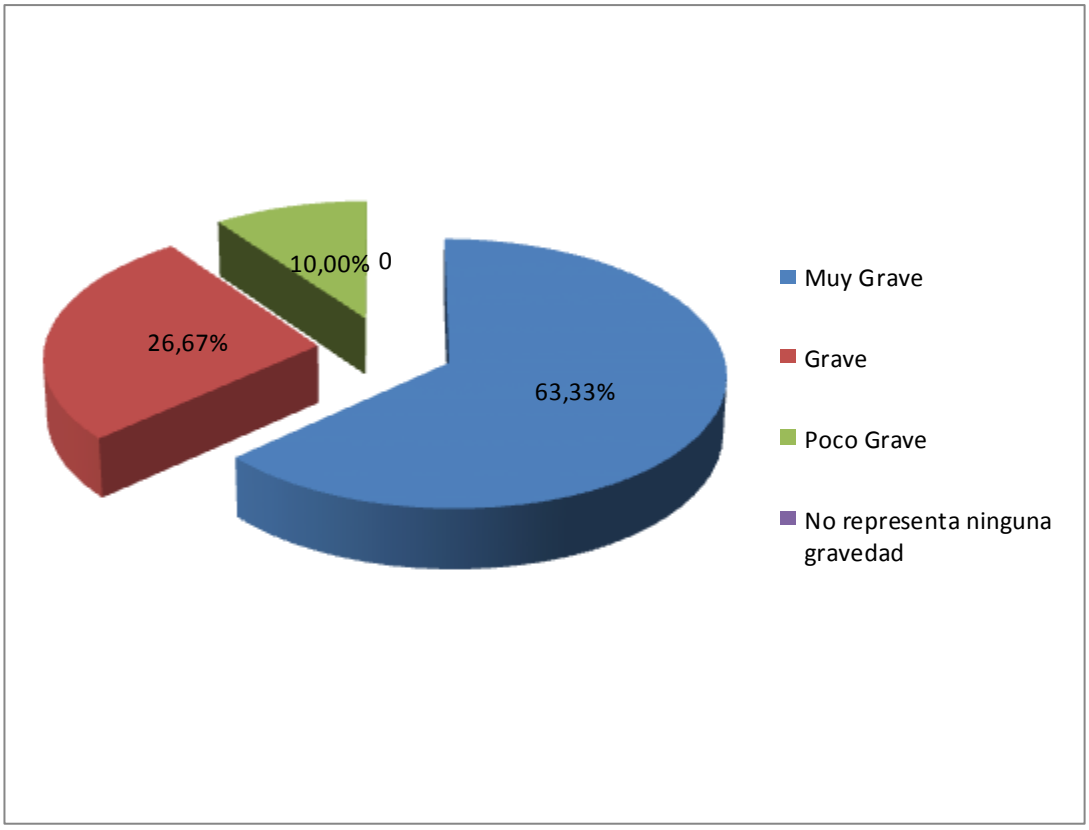
PRIMERA PREGUNTA: ¿De acuerdo a su criterio, el servidor militar que abandona sus funciones en tiempo de paz, por más de tres días, comete un comportamiento ilícito que debe ser catalogado como?

CUADRO N° 1

RESPUESTA	f	%
Muy grave	19	63.33
Grave	8	26.67
Poco grave	3	10.00
No representa ninguna gravedad	0	0.00
TOTAL:	30	100.00

FUENTE: Datos obtenidos en la aplicación de la encuesta
ELABORACIÓN: El Autor

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN:

De acuerdo con diecinueve encuestados que corresponden al 63.33% de la población investigada, la conducta de la servidora o servidor militar que abandona sus funciones injustificadamente por más de tres días en tiempo de paz, es un comportamiento muy grave; ocho personas encuestada que representan el 26.67% lo catalogan como grave; tres personas participantes en la encuesta, quienes alcanzan el 10% de la población encuestada, coinciden en manifestar que el comportamiento de las servidoras o servidores militares que desertan de sus funciones es poco grave.

ANÁLISIS:

De acuerdo con la información que se ha obtenido de parte de las personas que participaron en la encuesta se puede determinar, que la conducta de las servidoras y servidores militares, que abandonan injustificadamente por más de tres días el cumplimiento de sus funciones, es una conducta muy grave, la misma que debe ser catalogada como delito. Esta opinión se entiende por cuanto al abandonar el cumplimiento de la función, puesto o servicio asignado el servidor militar, está poniendo en riesgo el éxito de la misión militar, y el cumplimiento de la función de las Fuerzas Armadas, de dar seguridad a la integridad territorial del Estado; además de ello el comportamiento del desertor contraría los principios de honor, lealtad y disciplina que debe caracterizar a quienes eligen el cumplimiento de la vocación y profesión militar.

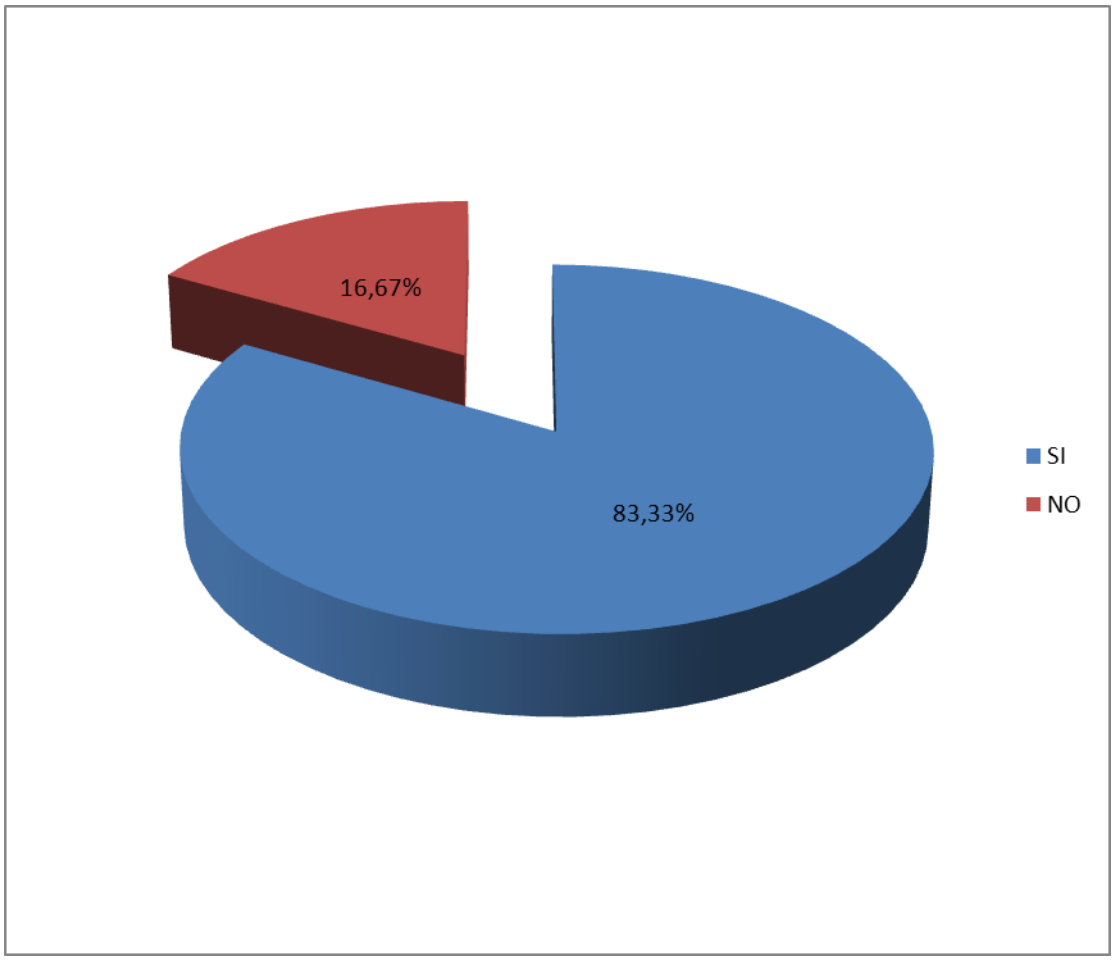
SEGUNDA PREGUNTA: ¿ Tiene usted conocimiento, como se sanciona el delito de deserción, de los servidores militares y en que normativa se encuentra tipificado?

CUADRO N° 2

RESPUESTA	F	%
SI	**30**	83.33
NO	0	16.67
TOTAL:	30	100.00

FUENTE: Datos obtenidos en la aplicación de la encuesta
ELABORACIÓN: El Autor

GRÁFICO N° 2



INTERPRETACIÓN:

Treinta personas encuestadas que representan el 100%, manifiestan que si tienen conocimiento de la sanción que se les impone a los servidores militares que abandonan injustificadamente en conflicto armado, y que se encuentran tipificado en el Código Penal ecuatoriano. Por otro lado ninguna persona respondió negativamente, como podemos evidenciar en cuadro estadístico ninguna persona encuestada respondió negativamente, debido a que en su periodo de formación en las escuelas militares tanto de oficiales y voluntarios en la malla curricular consta la asignatura de leyes y reglamentos

ANÁLISIS:

De acuerdo con la opinión de todas de las personas investigadas consideran que si tienen conocimiento que el delito de deserción se encuentra tipificado en el código penal ecuatoriano, pero únicamente se sanciona cuando el militar abandona el puesto servicio o función de forma ilegal e injustificada en conflicto armado, de esta manera Código Penal ecuatoriano no se establezcan sanciones para las servidoras y servidores militares que abandonan el cumplimiento de sus funciones en tiempo de paz no se considera el abandono injustificado en tiempo de paz, por lo que sería necesario la tipificación como delito a fin de sancionar al personal de servidores militares que abandona sus funciones en tiempo de paz.

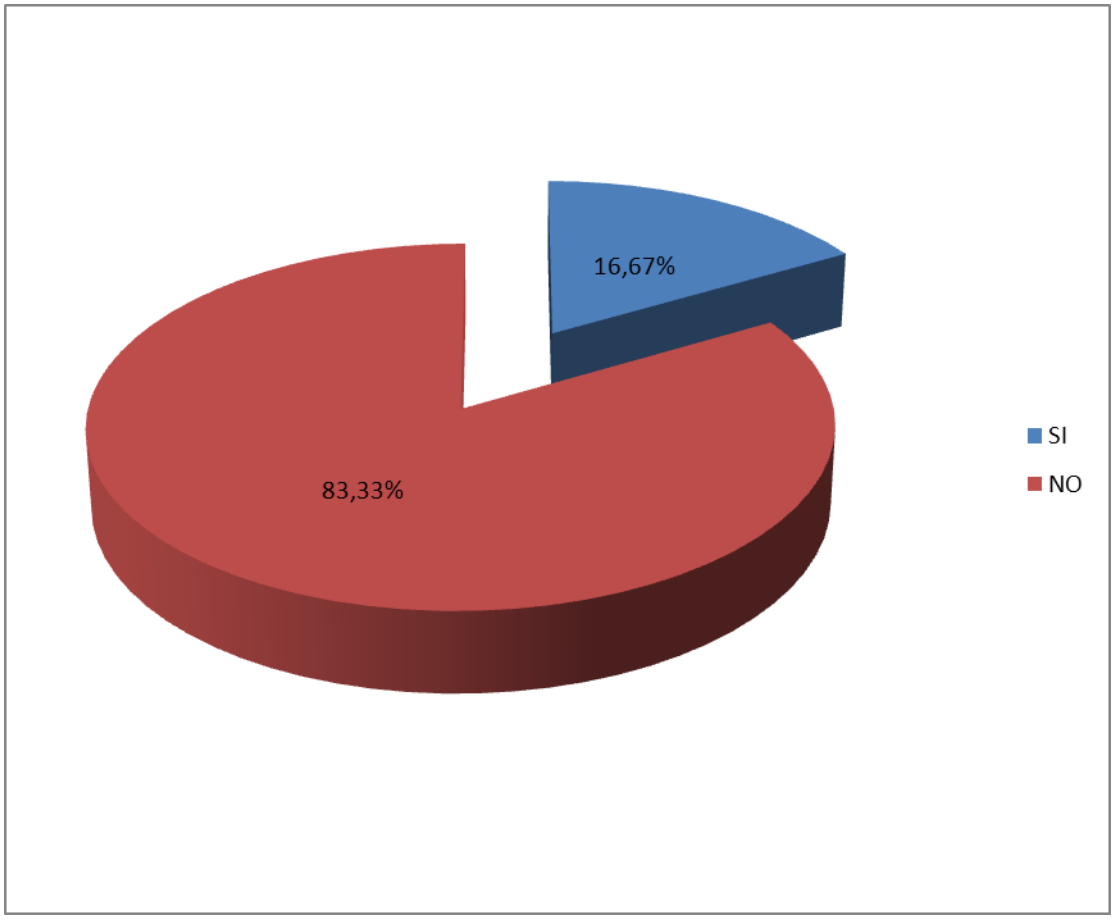
TERCERA PREGUNTA: ¿ En el Código Penal ecuatoriano vigente, está tipificado el delito de deserción solo en tiempo de conflicto armado, de acuerdo con su opinión, las normas existentes al respecto, son suficientes para sancionar a los servidores militares que abandonan injustificadamente sus funciones en tiempo de paz por más de tres días?

CUADRO N° 3

	F	%
SI	5	16.67
NO	25	83.33
TOTAL:	30	100.00

FUENTE: Datos obtenidos en la aplicación de la encuesta
ELABORACIÓN: El Autor

GRÁFICO N° 3



INTERPRETACIÓN:

De acuerdo con cinco personas encuestadas que representan el 16.67% de la población investigada, las normas que actualmente tipifican el delito de deserción de las servidoras y servidores militares en el Código Penal ecuatoriana, sin son suficientes para sancionar a estas personas, cuando abandonan el cumplimiento de su función en tiempo de paz. Otra es la opinión que señala el 83.33% del total de personas investigadas, que corresponde a veinticinco de ellas, quienes dan un criterio negativo, es decir consideran que las normas a través de las que se tipifica en la actualidad el delito de deserción de las servidoras y servidores militares, no son suficientes para sancionar a quienes abandona sus funciones injustificadamente en tiempo de paz por más de tres días.

ANÁLISIS:

La respuesta de las personas encuestadas es mayoritaria en el sentido de que el régimen jurídico sancionador de la deserción en el Código Penal ecuatoriano, no es suficiente para reprimir la conducta de las servidoras y servidores militares que abandonan el cumplimiento de su función en tiempo de paz; este criterio está acorde con la posición manifestada al analizar la deserción en tiempo de paz en la parte teórica del trabajo, y la drasticidad con que este comportamiento se castiga en otras legislaciones cuyas

normas fueron consideradas y analizadas en el estudio del derecho comparado.

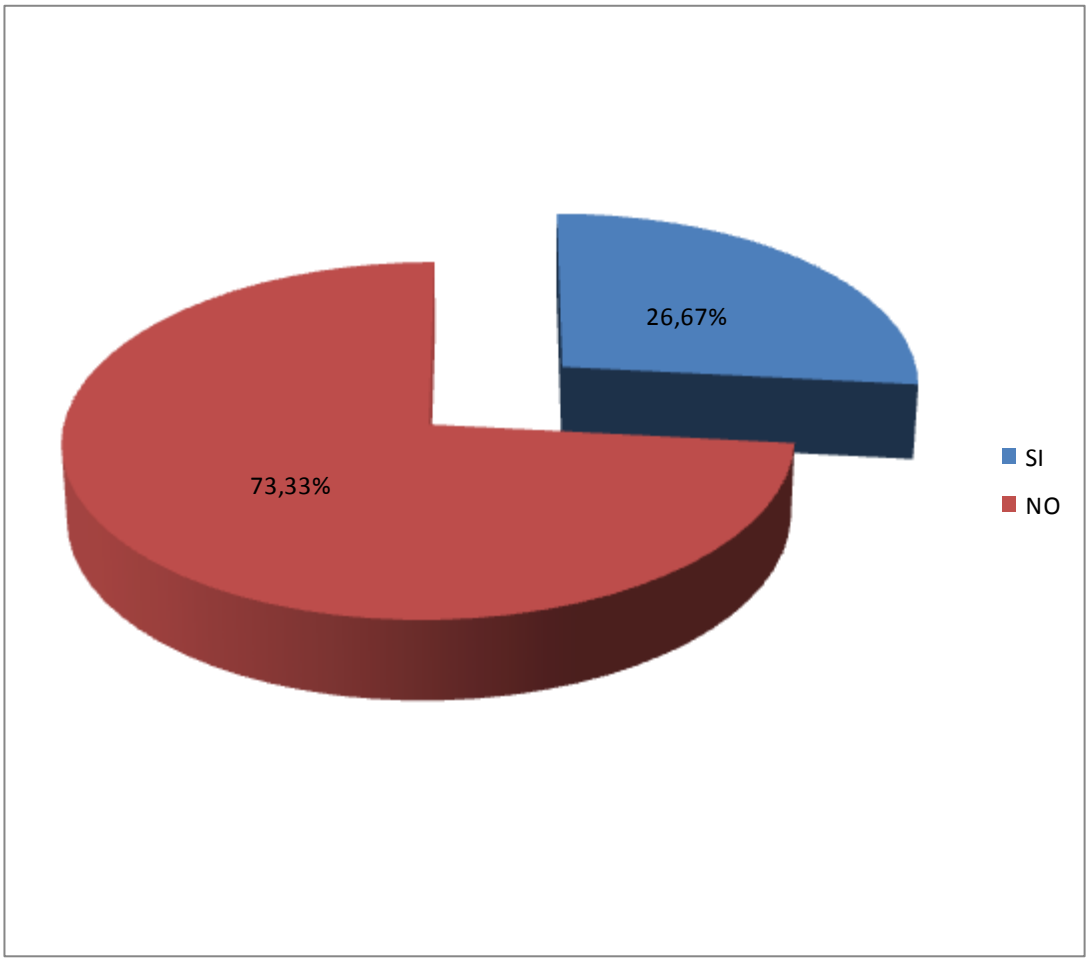
CUARTA PREGUNTA: ¿Según su criterio, es adecuado que solo sea considerado como delito la deserción en conflicto armado, y que no se imponga sanciones privativas de la libertad, para el abandono injustificado en tiempo de paz, en cuyo caso sólo se impone penas administrativas?

CUADRO N° 4

RESPUESTA	f	%
SI	8	26.67
NO	22	73.33
TOTAL:	30	100.00

FUENTE: Datos obtenidos en la aplicación de la encuesta
ELABORACIÓN: El Autor

GRÁFICO N° 4



INTERPRETACIÓN:

Ocho personas que participaron de la encuesta, las cuales corresponden al 26.67% de la población investigada, consideran pertinente que solo se sancione el delito de deserción, cuando esta se produce en tiempo de conflicto armado; por lo tanto está de acuerdo con que no se impongan sanciones privativas de libertad, cuando las servidoras y servidores militares abandonen su función injustificadamente en tiempo de paz y que en este caso se apliquen solo penas administrativas. Por otro lado tenemos a veintidós encuestados, quienes dan una respuesta negativa a la pregunta planteada, es decir el 73.33% no están de acuerdo con que sólo se sancione la deserción en tiempo de conflicto, y que no se castigue penalmente a quienes abandonan su función injustificadamente por más de tres días, en tiempo de paz.

ANÁLISIS:

La mayoría de las personas investigadas no están de acuerdo con que en el Código Penal ecuatoriano no se establezcan sanciones para las servidoras y servidores militares que abandonan el cumplimiento de sus funciones en tiempo de paz; en consecuencia no comparten el criterio señalado en el mencionado Código en el sentido de que la sanción sea solamente administrativa. Como se observó en la revisión de literatura, en las legislaciones de otros países se imponen penas privativas de la libertad quienes abandonan la función militar en tiempo de paz, por lo tanto se justifica la opinión de la mayoría, en el sentido de que este mismo criterio debería aplicarse en la legislación ecuatoriana.

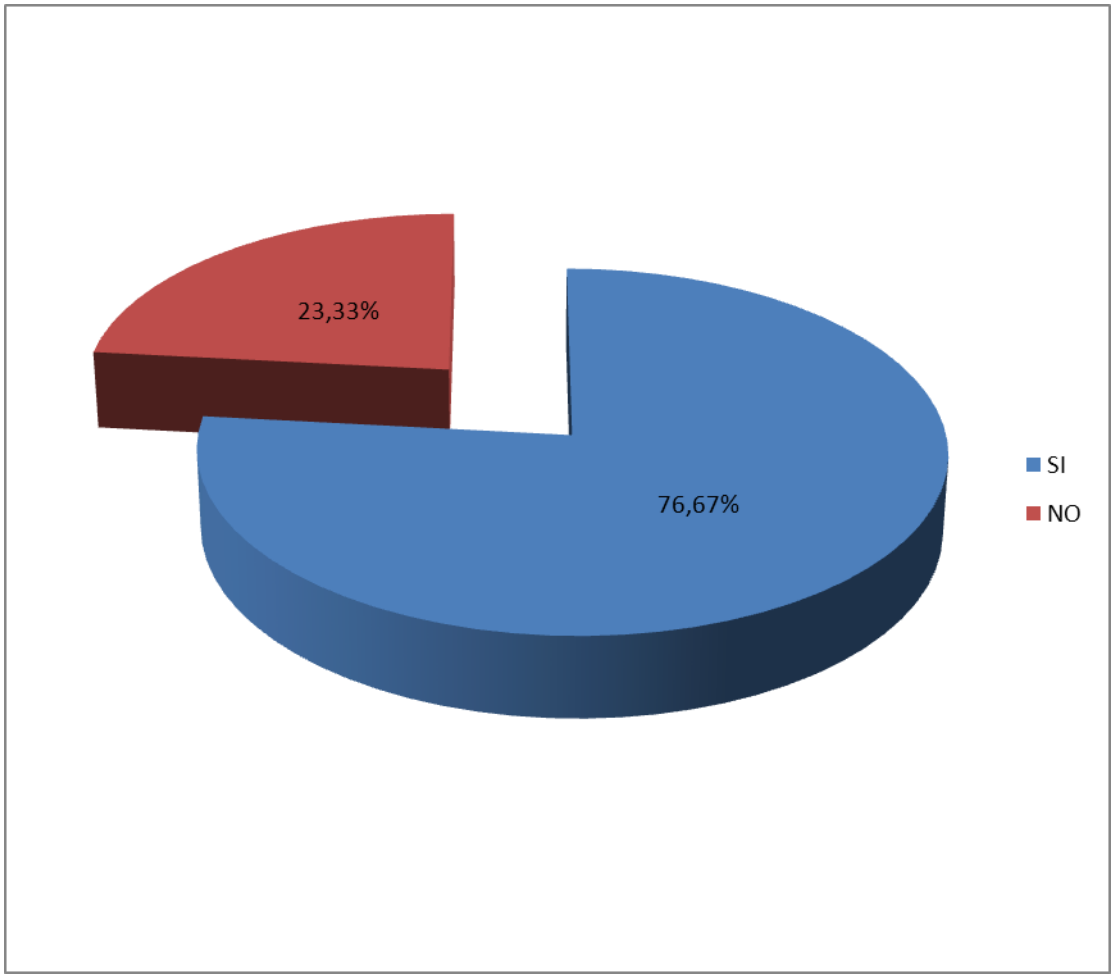
QUINTA PREGUNTA: ¿ Cree usted, que el personal militar que abandona injustificadamente sus funciones en tiempo de paz, sin devengar los gastos empleados en su capacitación profesional en el país o el extranjero, debe ser sancionado con el máximo de la pena.?

CUADRO N° 5

RESPUESTA	F	%
SI	23	76.67
NO	7	23.33
TOTAL:	30	100.00

FUENTE: Datos obtenidos en la aplicación de la encuesta
ELABORACIÓN: El Autor

GRÁFICO N° 5



INTERPRETACIÓN:

De acuerdo con los veintitrés encuestados que corresponde al 76.67% de la población investigada, es conveniente que el personal militar que abandona sus funciones en tiempo de paz, sin haber devengados los gastos que el estado ha empleado en su formación profesional, desarrollada en el ecuador o en el extranjero, debe ser sancionado con penas privativas de la libertad.

Por su parte siete de las personas encuestadas que representan el 23.33% de la población participante, no está de acuerdo que se le imponga penas privativas de la libertad al personal militar que de forma injustificada abandona el cumplimiento de sus funciones en tiempo de paz, sin haber devengado los gastos realizados por el Estado ecuatoriano en su capacitación profesional.

ANÁLISIS:

La mayoría de las personas encuestadas están de acuerdo con los servidores militares que en forma injustificada abandonan sus funciones en tiempo de paz, sin haber cumplido con el mandato impuesto por la Ley de Persona de la Fuerzas Armadas, en sentido de que deben devengar los gastos invertidos en su formación profesional realizada a nivel nacional o internacional, tienen que ser sancionados con la imposición de penas

privativas de libertad, este criterio es adecuado ya que se estaría ante una forma de deserción en tiempo de paz.

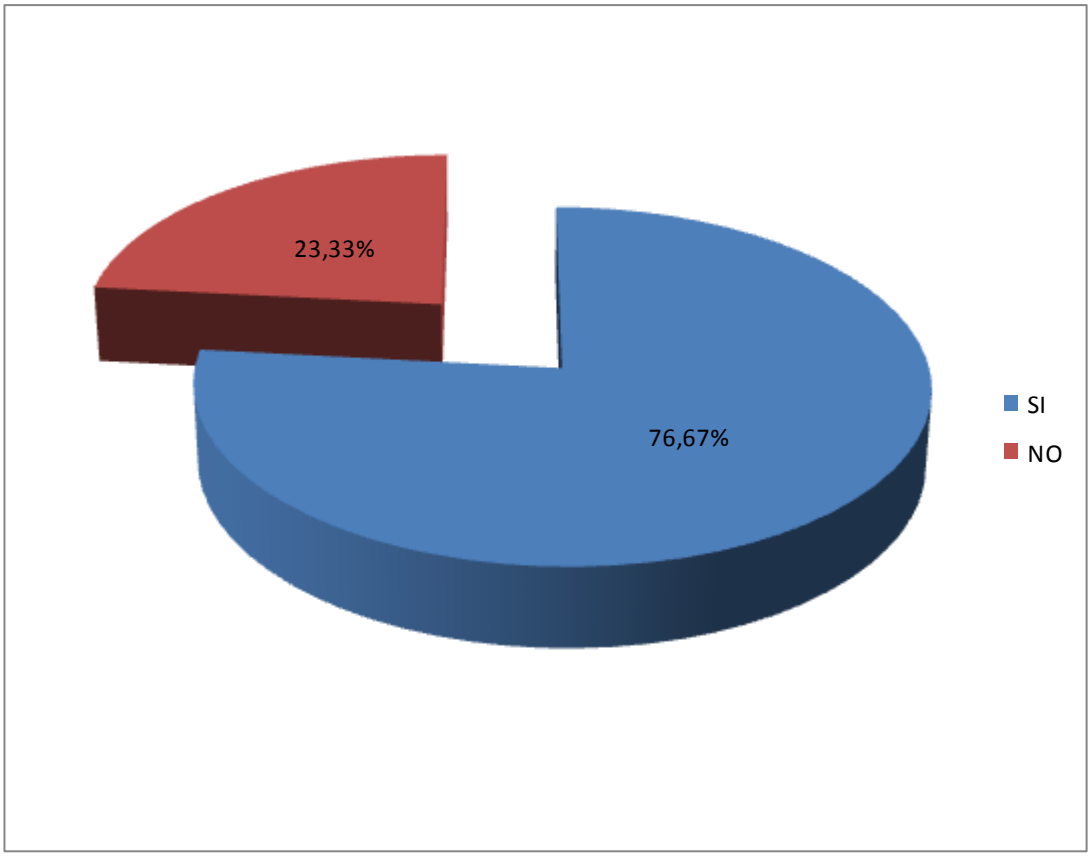
SEXTA PREGUNTA: ¿Debe reformarse el Código Penal Vigente ecuatoriano, para tipificar como delito, el abandono injustificado por más de tres días en tiempo de paz a la unidad o reparto asignado, del personal de servidores militares.?

CUADRO N° 6

RESPUESTA	F	%
SI	23	76.67
NO	7	23.33
TOTAL:	30	100.00

FUENTE: Datos obtenidos en la aplicación de la encuesta
ELABORACIÓN: El Autor

GRÁFICO N° 6



INTERPRETACIÓN:

Veintitrés personas de las treinta que participaron en la encuesta, es decir el 76.67% del total de encuestados, contestan que si se debería plantear una reforma al Código Penal ecuatoriano, con la finalidad de tipificar como del delito, al abandono injustificado por más de tres días y lograr que se sancione esta conducta antijurídica cometido por el personal de servidores militares, Otro es el criterio de siete encuestados, quienes corresponden al 23.33% del total de personas investigadas, y manifiestan que no es necesario que se plantee ninguna reforma al Código Penal ecuatoriano, respecto a la tipificar como delito el abandono injustificado por mas de tres días.

ANÁLISIS:

El criterio mayoritario que se ha obtenido de parte de las personas encuestadas en la sexta pregunta que se les formuló, sirve para corroborar que están de acuerdo con que se realice el planteamiento de una reforma al Código Penal ecuatoriano, en cuanto tiene que ver a la tipificación como delito, al abandono injustificado por más de tres días cometido por las servidoras y servidores militares, de esta forma que se impongan sanciones que guarden relación con la gravedad de la conducta cometida, en virtud que le abandono injustificado del servidor militar, puede tener connotaciones muy graves y atentar contra la seguridad interna o externa del país.

6.2. OPINIONES OBTENIDAS EN LA ENTREVISTA.

Además de haberse utilizado la técnica de la encuesta para conocer los criterios de las personas encuestadas, acerca del problema investigado, se optó también por emplear la técnica de la entrevista, con la finalidad de conocer las opiniones de personas que de alguna u otra forma tienen experiencia en la aplicación de las disposiciones que constan en el Código Penal vigente.

Las impresiones recabadas en base a la aplicación de la entrevista, son las siguientes:

PRIMERA ENTREVISTA A JUEZ DE GARANTÍAS PENALES DEL CANTÓN SALINAS

1. **¿De acuerdo a su opinión, las normas que tipifican el delito de deserción en el Código Penal ecuatoriano, son suficientes para sancionar a las servidoras y servidores militares?**

En el código penal ecuatoriano, en la tipificación de los delitos de deserción solo se sanciona penal al servidor militar que abandona el puesto, servicio o función en conflicto armado, por más de cinco días en forma ilegal o injustificada. Sin tomar en cuenta que el abandono también se puede dar en tiempo de paz, si es por el lapso de tres días produce los mismos efectos que en el caso de los servidores públicos, esto ha sido reclamado por las mismas instituciones militares, que han considerado esta norma como

contraria a la disciplina que rige en este ámbito y a la lealtad que deben demostrar para con sus funciones los servidores militares, desde mi punto de vista el régimen existente en la actualidad no es suficiente.

2. ¿Es justo el criterio establecido en el Código Penal, en el sentido de que no le imponga una sanción penal al servidor militar que abandona su función, unidad o servicio por más de tres días en tiempo de paz?

Yo pienso que no porque sin duda alguna es más grave la conducta que comete el servidores militar que abandona sus funciones, servicio o responsabilidades encomendadas, las misma que pueden poner en peligro la vida e integridad de sus compañeros porque no decir la integridad del país. Este comportamiento grave que debe ser sancionado con rigor, y no como actualmente se encuentra tipificado la sanción solo se realiza cuando abandona en conflicto armado.

3. ¿Le parece coherente, que sólo se sancione el delito de deserción en tiempo de conflicto armado, y que no se imponga sanciones privativas de la libertad, para el abandono injustificado de funciones en tiempo de paz, en cuyo caso sólo se impone penas administrativas como la destitución?

Abandonar una institución pública genera conflictos para el Estado, esto en el ámbito de las servidoras y servidores públicos, pero las repercusiones pueden ser más graves si se produce el abandono de funciones en tiempo de paz, de un efectivo militar, en este caso considero que solamente la

destitución no es una pena proporcional a la conducta cometida, debería haber una sanción de privación de libertad, con el fin de evitar que se produzca de forma constante el abandono de las filas militares en tiempos de paz.

4. ¿Se debería plantear una reforma al Código Penal ecuatoriano, para la tipificación como delito al abandono injustificado a la unidad, función o servicio por más de tres días?

Las reformas deben darse para incorporar todas las situaciones que no están previstas acerca de la deserción, incorporando como delito al abandono injustificado a la unidad, función o servicio por más de tres días, por parte del servidor militar, la Ley no puede dar lugar para que la institución militar sea afectada por el comportamiento de quienes deciden abandonar las funciones encomendadas.

COMENTARIO: De acuerdo con los criterios de este entrevistado, no es suficiente el régimen sancionador previsto en el Código Penal, para sancionar a las servidoras y servidores militares que abandonan de forma injustificada sus funciones en tiempo de paz; no considera adecuado que no se sancione a las servidoras y servidores militares, que abandonan injustificadamente sus funciones en tiempo de paz; y, finalmente este entrevistado acepta que se realice la correspondiente reforma al Código Penal ecuatoriano.

SEGUNDA ENTREVISTA A FISCAL DEL CANTÓN SALINAS

1. **¿De acuerdo a su opinión, las normas que tipifican el delito de deserción en el Código Penal ecuatoriano, son suficientes para sancionar a las servidoras y servidores militares?**

Hay que ser claros en el asunto de que esta acción antijurídica no solo se da en casos en que se produce algún conflicto bélico; sin embargo es necesario prevenir el abandono de las filas institucionales de la armada, por lo que de esta perspectiva el abandono de funciones militares en tiempo de paz, que también puede traer consecuencias graves, tiene que ser sancionado penalmente, cosa que no está prevista en la actualidad.

2. **¿ Es justo el criterio establecido en el Código Penal, en el sentido de que no le imponga una sanción penal al servidor militar que abandona su función, unidad o servicio por más de tres días en tiempo de paz?**

No es justo, porque indudablemente, la responsabilidad encomendad al servidor militar puede traer graves repercusiones a la institución militar y al país, quien decide abandonar la unidad, función o servicio injustificadamente, sin autorización de sus superiores, el efectivo militar infringe está ante una conducta o un comportamiento negligente e indisciplinado gravísimo de su parte, que también debe ser sancionado con penas privativas de libertad.

3. **¿Le parece coherente, que sólo se sancione el delito de deserción en tiempo de conflicto armado, y que no se imponga sanciones privativas de la libertad, para el abandono injustificado de funciones en tiempo de paz, en cuyo caso sólo se impone penas administrativas como la destitución?**

Como dije antes el abandono de funciones militares, es mucho más grave que la inasistencia de un servidor público a una institución distinta al las Fuerzas Armadas, de allí que se hace necesario catalogar esta conducta dentro de los delitos de función cometidos por las servidoras y servidores militares, y señalar también la pena correspondiente para quienes incurren en este comportamiento.

4. **¿ Se debería plantear una reforma al Código Penal ecuatoriano, para la tipificación como delito al abandono injustificado a la unidad, función o servicio por más de tres días?**

Como dije antes, el delito de deserción, aparentemente en los actuales momentos no tiene vigencia, puesto que han cesado las amenazas de los conflictos bélicos en los que debe verse involucrado el país, sin embargo existen misiones que tiene que asumir la institución armada, que pueden llevar a sus miembros a decidirse abandonar sus funciones injustificadamente, de allí que es necesario que se haga una mejor tipificación de esta conducta.

COMENTARIO: De acuerdo con la opinión de este entrevistado debido a las consecuencias graves que puede traer el abandono injustificado por más de tres días en tiempo de paz, es necesario que sea sancionada penalmente; no considera adecuado que no se señalen sanciones el abandono injustificado en tiempo de paz; y finalmente acepta que se haga la reforma correspondiente al Código Penal ecuatoriano.

TERCERA ENTREVISTA A ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO

1. **¿De acuerdo a su opinión, las normas que tipifican el delito de deserción en el Código Penal ecuatoriano, son suficientes para sancionar a las servidoras y servidores militares?**

La inclusión de normas en el Código Penal para sancionar a los servidores militares obedece a un mandato de la Constitución de la República, sin embargo en cuanto a la conducta que usted mencionada creo que las normas no son suficientes, es más ni siquiera se toma en cuenta el abandono de funciones en tiempo de paz, esto obedece a que no se ha considerado los efectos negativos que esto puede tener para la institución a la que pertenece el servidor militar que decide abandonar la misma.

2. **¿ Es justo el criterio establecido en el Código Penal, en el sentido de que no le imponga una sanción penal al servidor militar que abandona su función, unidad o servicio por más de tres días en tiempo de paz?**

No estoy de acuerdo que no se le imponga ninguna sanciona a quien abandona injustificadamente sus funciones, servicio o unidad, debido a que pone en riesgo intereses institucionales e incluso nacionales puesto que están en juego muchas situaciones, por ello pienso que esta conducta es muy grave, por lo dicho esta conducta deben tener una sanción con penas privativas de libertad.

3. **¿Le parece coherente, que sólo se sancione el delito de deserción en tiempo de conflicto armado, y que no se imponga sanciones privativas de la libertad, para el abandono injustificado de funciones en tiempo de paz, en cuyo caso sólo se impone penas administrativas como la destitución?**

La destitución se aplica como pena a los servidores públicos que falten injustificadamente por tres días o más a su trabajo, sin embargo este mismo criterio sancionador no puede ser aplicado a un servidor militar, pues la naturaleza especial de las función militares es absolutamente diferente a la de quien desempeña un puesto o cargo público, de allí que debería considerarse la posibilidad de sancionar penalmente a quienes abandonan su función militar en tiempo de paz.

4. **¿Se debería plantear una reforma al Código Penal ecuatoriano, para la tipificación como delito al abandono injustificado a la unidad, función o servicio por más de tres días?**

La reforma debe ser planteada sobre todo para garantizar el cumplimiento de la disciplina, lealtad y honor que debe caracterizar a quien decide por la profesión militar, como una forma de vida y de servicio a los demás y a la Patria, de allí que estoy de acuerdo con que se aplique y se sancione también a quienes abandonan su función en tiempo de paz.

COMENTARIO: Este entrevistado no considera conveniente que se haya excluido la posibilidad de sancionar a los servidores militares que abandonan su función en tiempo de paz; de igual forma responde que no es coherente que el abandono de funciones militares sea sancionado administrativamente con la destitución, que debería aplicare una sanción penal; y finalmente acepta la necesidad de que se haga una reforma al Código Penal, sancionando la deserción en tiempo de paz.

CUARTA ENTREVISTA A SERVIDOR MILITAR

1. **¿De acuerdo a su opinión, las normas que tipifican el delito de deserción en el Código Penal ecuatoriano, son suficientes para sancionar a las servidoras y servidores militares?**

No hay sanción penal para las servidoras y servidores militares que abandonan sus funciones en tiempo de paz, entonces el Código Penal no es suficiente en ese sentido, ya que no se considera el hecho de que con ese comportamiento se puede afectar también gravemente a la institución militar a la que pertenecen dichos servidores.

2. ¿ Es justo el criterio establecido en el Código Penal, en el sentido de que no le imponga una sanción penal al servidor militar que abandona su función, unidad o servicio por más de tres días en tiempo de paz?

No es justo que no se sancione a quien abandona injustificadamente su función, unidad o servicio por más de tres días en tiempo de paz, además son múltiples las responsabilidades que se deben enfrentar en nuestro diario vivir como son las diferentes operaciones de defensa interna en las que puedo mencionar los patrullajes anti delincuenciales, patrullajes de protección de la frontera norte, por lo tanto merecen ser sancionado los que incurran en este tipo de acciones como es el abandono injustificado.

3. ¿ Le parece coherente, que sólo se sancione el delito de deserción en tiempo de conflicto armado, y que no se imponga sanciones privativas de la libertad, para el abandono injustificado de funciones en tiempo de paz, en cuyo caso sólo se impone penas administrativas como la destitución?

El servicio militar se ha caracterizado siempre por la disciplina, el respeto y el honor, a la institución a la que servimos y al Estado, de allí que se debe imponer sanciones privativas de la libertad como se lo hace en otros países, de esta forma se garantizaría la disciplina, pues si bien es cierto no hemos tenido que enfrentar este tipo de conflictos con otros países, creo que se haya anulado completamente esta posibilidad de tener conflictos con otros países, pues este tipo de acciones ya no se perpetraría.

4. **¿ Se debería plantear una reforma al Código Penal ecuatoriano, para la tipificación como delito al abandono injustificado a la unidad, función o servicio por más de tres días?**

Son aspectos que deberían estar incluidos en una posible reforma al Código Penal, pues es necesario mantener la disciplina férrea que caracteriza a la Institución Militar, y combatir todas las conductas que puedan afectar el cumplimiento de su misión, y el abandono injustificado es una de ellas, de allí que debe hacerse lo posible por corregir las deficiencias que existen en la actual tipificación, como anteriormente estaba tipificado en el Código Penal Militar que fue derogado en el 2010.

COMENTARIO: De acuerdo con este entrevistado, en el Código Penal no hay sanción para el abandono de funciones militares en tiempo de paz; también cree que debe sancionarse el abandono de funciones en tiempo de paz, dada la naturaleza la función militar; y que se debería realizar una reforma al Código Penal, respecto al abandono de funciones en tiempo de paz, y corregir las deficiencias que existen en la actual tipificación.

COMENTARIO GENERAL A LAS ENTREVISTAS.

Como se puede advertir de los criterios de las personas entrevistadas que se han reportado anteriormente, se establece que las normas que actualmente tipifican el delito de deserción en el Código Penal ecuatoriano, no son suficientes para aplicar una sanción, a las servidoras y servidores militares

responsables de abandonar el cumplimiento de sus funciones en tiempo de paz.

Las personas que participaron de la entrevista, no están de acuerdo con la tipificación del Código Penal ecuatoriano vigente debido a que únicamente se impone una sanción penal a quienes abandonan sus funciones, servicio o unidad en tiempo de conflicto bélico, pues el abandono en tiempo de paz puede tener consecuencias graves, dada la naturaleza especial de las funciones militares, de allí que esta conducta también debería ser considerada desde el punto de vista coercitivo, las penas lógicamente deberían ser menores a las aplicables a las servidoras y servidores militares, que desertan en tiempo de conflicto armado.

Es preciso destacar además que las personas que participaron en la encuesta, no consideran adecuado, que únicamente se sancione el delito de deserción cuando este se produce en tiempo de conflicto armado; y que no se apliquen las sanciones privativas de la libertad, para quienes abandonan el cumplimiento de sus funciones en tiempo de paz; es decir no comparten el hecho de que en estos casos se aplique la sanción administrativa consistente en la destitución.

Finalmente se debe señalar el acuerdo unánime de las personas entrevistadas en el sentido de que es necesario plantear una reforma al Código Penal ecuatoriano, con el objeto de la tipificación como delito el abandono injustificado a la unidad, función o servicio del servidor militar.

7. DISCUSIÓN.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

Los objetivos que se plantearon con la finalidad de ser verificados, considerando los resultados obtenidos en el trabajo investigativo desarrollado, son los siguientes:

OBJETIVO GENERAL:

- ✓ **Estudiar desde el punto de vista crítico, las normas jurídicas previstas en la legislación ecuatoriana sobre el delito de deserción, y los criterios doctrinarios que en el ámbito nacional e internacional existan al respecto.**

Se cumple este objetivo porque en la parte correspondiente a la revisión de literatura, y de manera específica la desarrollar el marco jurídico de la investigación, se estudian las normas que acerca del delito de deserción están contenidas en el Código Penal ecuatoriano; a objeto de ubicar la problemática desde el punto de vista constitucional se analizan las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador; y, también se presenta un análisis de las normas contenidas en la legislación de otros países acerca de la forma en que han catalogado típicamente, el delito de deserción.

De igual forma en la revisión de literatura en el marco conceptual y en el marco doctrinario, se presentan las opiniones que los diferentes autores nacionales e internacionales, que han escrito sobre el tema, tienen acerca del delito de deserción.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- ✓ **Demostrar que el código penal ecuatoriano únicamente tipifica como delito de deserción, al abandono injustificado de puesto servicio o función en tiempo de conflicto armado.**

Los criterios expuestos por las personas encuestadas, al responder la cuarta interrogante que se les planteó; y, las opiniones manifestadas por las personas a las que se entrevistó La sanción penal sólo se aplica a quienes desertan en tiempo de conflicto armado, sin tomar en cuenta que estas acciones las servidoras y servidores militares abandonan sus funciones en tiempo de paz, pues esta acción puede traer consecuencias graves, dada la naturaleza especial de las funciones militares, no es procedente que solamente se imponga sanciones de tipo administrativo, dando de baja de la institución armada basados en uno de los Artículo 70 literal “b” del reglamento de disciplina militar en vigencia, que textualmente dice “separación del servicio activo por no convenir al buen servicio” .

- ✓ **Establecer que la normativa sobre el delito de deserción prevista en el Código Penal ecuatoriano no es suficiente para sancionar a las servidoras y servidores militares que abandonan sus funciones en tiempo de paz.**

De acuerdo con las respuestas que se obtienen de parte de las personas encuestadas, en la tercera pregunta que se les planteó; y de las personas entrevistas, en la primera pregunta; se obtiene el criterio de que la normativa sobre el delito de deserción que está contemplada en el Código Penal ecuatoriano, no es suficiente para sancionar a las servidoras y servidores militares responsables de abandonar sus funciones en tiempo de paz. Esta situación se confirma también por el hecho de que el revisar las normas de los artículos 602.34, y 602.35 del Código Penal, se observa que la conducta sancionada es la deserción en tiempo de conflicto armado.

- ✓ **Realizar el planteamiento de una propuesta jurídica de reforma al Código Penal ecuatoriano en lo que respecta a la normativa que tipifique como delito al abandono injustificado de la unidad, función o servicio del personal de servidores militares.**

El último objetivo de esta investigación, se verifica cuando en la parte final de la misma, se realiza el planteamiento de una propuesta jurídica, que tiene como propósito reformar el Código Penal ecuatoriano, a fin de tipificar como delito el abandono injustificado de su unidad, función o servicio por más de

tres días de la servidora y servidor militar, debido a que solo se sanciona a quienes comenten estos actos en conflicto bélico.

El planteamiento propositivo que se realiza en este trabajo se sustenta en las opiniones que manifestaron las personas encuestadas y también quienes fueron entrevistados, a contestar la interrogante que se les planteó, en donde aceptan la necesidad de reformar el Código Penal ecuatoriano en cuanto a la tipificación del delito de deserción de las servidores y servidores militares.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

En el proyecto de investigación, se formuló además de los objetivos, una hipótesis, para contrastarla de acuerdo a la información que se recopilara; la hipótesis menciona lo siguiente:

Las normas establecidas en el Código Penal para tipificar el delito de deserción, no son suficientes para sancionar las conductas de las servidoras y servidores militares que abandonan injustificadamente su función en tiempos de paz.

Es importante señalar en primera instancia, que el Código Penal ecuatoriano, en sus artículo 602.34, 602.35, y 602.36, tipifica el delito de deserción; por lo que al revisar las normas contenidas en las disposiciones antes mencionadas.

De igual forma al revisar las normas del Código Penal que tienen relación con el delito de deserción, es posible advertir que no se sanciona el abandono de funciones, producido en tiempo de paz, pues nada dice el texto legal vigente en materia penal en los actuales tiempos, de la conducta del servidor militar que en tiempo de paz, procede a abandonar sin autorización y sin seguir el procedimiento legal correspondiente, la función asignada.

Este criterio es reafirmado por las personas encuestadas, cuando responden la tercera pregunta que se les plantea; y por los entrevistados cuando elaboran sus criterios respecto a la primera interrogante formulada.

Los elementos hasta ahora descritos son suficientes para poder elaborar una posición en el sentido de que la hipótesis planteada en el respectivo proyecto de investigación, se contrasta de forma positiva, y de esta forma ratifica que el problema motivo de estudio, existe en la sociedad ecuatoriana, y que es necesario plantear una alternativa legal para el mismo, la cual no es otra que la elaboración de una propuesta jurídica que se oriente a tipificar y sancionar de manera adecuada el delito de deserción de las servidoras y servidores públicos.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA.

Para argumentar la necesidad de incluir una propuesta jurídica de reforma al Código Penal ecuatoriano, respecto al delito de deserción, es necesario plantear los siguientes criterios.

De acuerdo con las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, y de forma específica conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 158, la misión fundamental de las Fuerzas Armadas ecuatorianas, es defender la soberanía e integridad nacional, para lo cual se requiere de manera imprescindible, el compromiso de disciplina, honor y lealtad de todos los servidores militares, que deben desempeñar la función asignada en la mejor forma posible, contribuyendo a la defensa de los intereses nacionales y sobre todo al adecuado cumplimiento de la misión militar.

Es la misma Constitución de la República del Ecuador, la que determina en la parte final del artículo 158, que las servidores y servidores militares, deben actuar con apego irrestricto al ordenamiento jurídico, de allí que es obligación de ellos acatar todas las normas constitucionales, legales, y reglamentarias previstas para regir a la institución militar, y a sus miembros.

Se ha detallado las normas de la Constitución de la República del Ecuador, porque a partir de ellas se puede determinar que el delito de deserción afecta el normal cumplimiento de la función fundamental de las Fuerzas Armadas, especialmente si se produce al tiempo en que se está enfrentando un conflicto armado, de allí que la pena prevista en el artículo 602.34 del Código Penal ecuatoriano, para las servidoras y servidores militares que incurran en esta conducta, no guarda proporción con la gravedad de comportamiento ilegal cometido.

En la tipificación del delito deserción de las servidoras y servidores militares en el Código Penal es insuficiente, porque no se sanciona a aquellos que teniendo esta condición, abandonan el cumplimiento de su función en tiempo de paz, por lo que en este caso la pena aplicarse es de naturaleza administrativa, y consiste en la destitución.

Es decir se equipara el abandono de la función militar, al abandono de una función pública en la que incurre una servidora o servidor público, criterio que no se puede aceptar, por la delicada naturaleza de las funciones militares y por la significación que las mismas tienen para la seguridad e integridad de la soberanía nacional.

Es preciso considerar además como elemento para esta fundamentación las opiniones obtenidas de parte de las personas que participaron en la encuesta y la entrevista, quienes aceptan que la tipificación como delito al abandono injustificado de las funciones en tiempo de paz, debido que en el

Código Penal ecuatoriano, resulta insuficiente por cuanto no se castiga el delito de abandono de funciones en tiempo de paz, que es considerado como una especie de deserción.

Por todo lo mencionado se ratifica que existe la necesidad evidente que la tipificación del delito de deserción en el Código Penal ecuatoriano, sea reformada corrigiendo las imprecisiones existentes, y garantizando que la función militar se asumida con responsabilidad y entrega de parte de las servidoras y servidores militares, lo que contribuye a la seguridad de la Institución Militar, y también del Estado ecuatoriano.

8. CONCLUSIONES.

Las conclusiones a las que se llega en este trabajo de investigación, son las siguientes:

- La conducta que asumen las servidoras o servidores militares, al desertar del cumplimiento de sus funciones, en la unidad, puesto o servicio que les ha sido asignado para el efecto, es un comportamiento muy grave, que pone en riesgo el cumplimiento de la misión fundamental de las Fuerzas Armadas.

- Las normas a través de las cuales, actualmente se tipifica el delito de deserción de las servidoras y servidores militares, no son suficientes para sancionar a aquellos que abandonan sus funciones en tiempo de paz, pues esta conducta actualmente no está catalogada como infracción penal, sino que se sanciona sólo con la imposición de penas administrativas.

- No es adecuada la tipificación del delito deserción de las servidoras y servidores militares, que actualmente existe en el Código Penal ecuatoriano, porque sólo se sanciona a las servidoras y servidores militares que desertan en tiempo de conflicto armado; y no se señalan

sanciones privativas de la libertad, para quienes abandonan sus funciones en tiempo de paz.

- Con la finalidad de cumplir con la misión establecida en la Constitución de la República del Ecuador, y de asumir los vacíos existentes en cuanto a la tipificación del delito de deserción de las servidoras y servidores militares, es necesario implementar una reforma al Código Penal ecuatoriano, mejorando la normativa que en la actualidad tipifica este delito.

9. RECOMENDACIONES.

Las recomendaciones que se considera oportuno plantear en este trabajo son las siguientes:

- A las servidoras y servidores militares, que prestan sus servicios para las Fuerzas Armadas de la República del Ecuador, en sus diferentes ramas, que mantengan la disciplina que caracteriza a esta institución como un estándar de vida, y que se acojan a las normas legales que rigen esta actividad, con la finalidad de que sus comportamientos, no sean catalogados como delitos de función.

- A los Jueces y Tribunales especializados en materia militar, que al momento de sancionar los delitos de función, entre ellos el delito de deserción, cometido por una servidora o servidor militar, que se acojan de forma estricta a las normas establecidas en el Código Penal y a las garantías del debido proceso reconocidas en la Constitución de la República, esto con la finalidad de que la administración de justicia sea eficiente y contribuya a garantizar seguridad jurídica a los integrantes de las Fuerzas Armadas.

- A la Universidad Nacional de Loja, para que se continúe haciendo de la investigación de los problemas que aquejan a la sociedad, en el

ámbito jurídico, el objeto de estudio para los trabajos de graduación, pues esta actividad a más de permitir que el estudiante se forme en el conocimiento del derecho y la investigación jurídica, contribuyen a plantear alternativas jurídicas que se constituyan en la solución a esos problemas.

- A la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, con la finalidad de que acoja la propuesta que se presenta en la parte final de este trabajo, y en caso de considerarla pertinente, se realice la correspondiente reforma al Código Penal ecuatoriano, a objeto de tipificar de mejor forma el delito de deserción y evitar que esta conducta pueda perjudicar a las Fuerzas Armadas y afecte el honor y la disciplina entre sus miembros.

9.1. PROPUESTA JURÍDICA DE REFORMA.

LA ASAMBLEA NACIONAL

DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

C O N S I D E R A N D O:

QUE, el inciso segundo del artículo 158 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que la misión fundamental de las Fuerzas Armadas, es la defensa de la soberanía y la integridad nacional;

QUE, las normas establecidas en los artículos 602.34, del Código Penal ecuatoriano, sobre el delito de deserción de las servidoras y servidores militares, tipifica el abandono injustificado a la unidad, servicio o función únicamente en conflicto armado.

QUE, el Código Penal ecuatoriano, al tipifica la deserción como delito de función de las servidoras y servidores militares, omite sancionar a aquellos que abandona su función en tiempo de paz;

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, resuelve expedir la siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO

Art. 1.- Al final del artículo 602.34, del Código Penal agréguese lo siguiente:

1. "Abandono injustificado en tiempo de paz.- La servidora o servidor militar, que de forma injustificada, abandone el puesto, servicio o función, por más de tres días, en tiempo de paz, será sancionado con la destitución, y se impondrá además la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Los que, cumplida la licencia, no se presentaren dentro de los días indicado en el apartado anterior, será sancionado con la destitución y la pena de prisión de seis a nueve meses.

3. Los que habiendo cumplido o terminado la comisión o servicio que se les confiare, no retornaren a la unidad o destino dentro de los mismos días, será sancionado con la destitución y la pena de prisión de tres a seis meses."

DISPOSICIÓN TRANSITORIA: Todas las normas que en su contenido se opongan a la presente reforma, quedan derogadas.

DISPOSICIÓN FINAL: Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los ……., días del mes de ……, del año ……

f). Presidente **f). Secretario**

10. BIBLIOGRAFÍA.

- ACOSTA ANDRÉS, La Función Militar como Función Pública, Editorial Casa Azul, Lima-Perú, 2003.

- AGUILERA, Gabriel, Las Relaciones Cívico Militares en el Estado Democrático, Editorial Centro de Estudios de Angola, Luanda, 2002.

- ALEJANDRO Azucena, Los Conflictos Internos y la Inestabilidad del Estado, como ente de regulación social, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2003.

- ALIAGA CASTILLO, César, Nuevo enfoque de los Delitos de Función en el Ámbito Militar y Policial, Editorial Fuero Militar, Bogotá-Colombia, 2008.

- ALLI TURILLAS, Juan Cruz, La Profesión Militar, Análisis Jurídico, Editorial Leko Print S.A., México D.F., 2000

- CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001.

- CARMONA, Lucio Ruperto, Análisis de las Conductas Militares desde el Punto de Vista Legal, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2004.

- CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicación Oficial de la Asamblea Nacional, Quito-Ecuador, 2012.
- CONTRERAS ROJAS, Salvador Augusto, La Institución Militar Frente al Estado, Editorial Astrea, S.A., Buenos Aires-Argentina, 2005.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl, Diccionario de Derecho Constitucional, Colección Abogados, Editorial ADRUS S.R.L., Lima-Perú, 2010.
- GARCÍA COVARRUBIAS, Jarimen, La Profesión Militar, Editorial Salvatierra, México D.F., 2008.
- GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2003.
- http://definicion.de/desercion/
- http://diccionarios.juridicos.es/
- http://fuerzaaereaecuatoriana.mil.ec/new/index.php?option=com_content&view= article&id=96&Itemid=200
- http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/%28$All%29/9DDA1F7C3867326B062 5754C00741374?OpenDocument
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo131985.l2t6.html#c3s2
- http://www.definicionabc.com/general/desercion.php

- http://www.diccionariosdigitales.net/GLOSARIOS%20y%20VOCABULARIOS/DERECHO-1- DERECHO-T%C3%89RMINOS.htm

- http://www.armada.mil.ec/historia

- http://www.ejercitodelecuador.mil.ec/

- http://www.elmercurio.com.ec/259405-leyes-militares-y-policiales-con-menos-delitos-y-penas.html

- http://www.encolombia.com/derecho/Codigopenalmilitarcolombiano/titulo2ii.htm

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Teoría del Delito, Editorial Jurídica Universitaria, México D.F., 2003.

- MANGAS MARTÍN, Araceli, Conflictos Armados Internos y Derecho Humanitario, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca-España, 2003.

- MARCHESI Antonio, El Estudio de la Pena de Muerte, Aplicada a los Delitos Cometidos en Tiempo de Guerra, Editorial Trabuci, Buenos Aires-Argentina, 2006.

- MULLER SOLON, Hugo, Delitos de Función y la nueva legislación penal militar en el Perú, Editorial Ilustrados, Lima-Perú, 2010.

- OLMEDA, José Antonio, La Institución Militar en el Estado Contemporáneo, Editorial Casa Editorial Bosch, Madrid-España, 2008.

- REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Edit. Ediciones Legales, Quito-Ecuador, 2010.

- SALAZAR BELTRÁN, Juan, Manual de Funciones Públicas, Editorial Oxford, México-D.F., 2008.

- SALCEDO GONZÁLEZ, Ana Mercedes, La Seguridad Social en la Fuerza Armada Nacional, Editorial Biblioteca de Derechos, Economía y Ciencias Sociales, Caracas-Venezuela, 2011.

- SALDAÑA CHINCHAYÁN, Mónica, Derecho Internacional Humanitario, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2001.

- SALGADO REYES, Milton, La Disciplina Militar: visión institucional y legal, Editorial Porrúa S.A., México, D.F., 2008.

- SALMÓN, Elizabeth, Introducción al Derecho Internacional Humanitario, Editorial Instituto Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perúl, Lima-Perú, 2004.

- VIOLENCIA Y USO DE LA FUERZA, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra-Suiza, 2008.

11. ANEXOS.

ANEXO N° 1

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

FORMATO DE ENCUESTA

Sr. Encuestado:

Con la finalidad de culminar la Carrera de Derecho y obtener el título de Abogado, acudo a usted para solicitarle que se sirva responder las preguntas que le planteo en este formulario, el mismo que tiene el propósito de obtener información para el desarrollo de la Tesis titulada: "**EL DELITO DE DESERCIÓN DE LOS SERVIDORES MILITARES Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA"**, por su colaboración, expreso mi gratitud.

1. ¿ De acuerdo a su criterio, el servidor militar que abandona sus funciones en tiempo de paz, por más de tres días, comete un comportamiento ilícito que debe ser catalogado como?
   a. Muy grave ( )
   b. Grave ( )
   c. Poco grave ( )
   d. No representa ninguna gravedad ( )

2. ¿ Tiene usted conocimiento, como se sanciona el delito de deserción y en que normativa se encuentra tipificado?

   SI ( ) NO ( )
   ¿Por qué?
   ……
   ……
   ……

3. ¿ En el Código Penal ecuatoriano vigente, está tipificado el delito de deserción solo en tiempo de conflicto armado, de acuerdo con su opinión, las normas existentes al respecto, son suficientes para sancionar a los servidores militares que abandonan injustificadamente sus funciones en tiempo de paz por más de tres días?

   SI ( ) NO ( )

¿Por qué?
……
……
……

4. ¿ Según su criterio, es adecuado que solo sea considerado como delito la deserción en conflicto armado, y que no se imponga sanciones privativas de la libertad, para el abandono injustificado en tiempo de paz, en cuyo caso sólo se impone penas administrativas?
SI ( ) NO ( )
¿Por qué?
……
……
……

5. ¿ Cree usted, que el personal militar que abandona injustificadamente sus funciones en tiempo de paz, sin devengar los gastos empleados en su capacitación profesional en el país o el extranjero, debe ser sancionado con el máximo de la pena?
SI ( ) NO ( )
¿Por qué?
……
……
……

6. ¿ Debe reformarse el Código Penal Vigente ecuatoriano, para tipificar como delito, el abandono injustificado por más de tres días en tiempo de paz a la unidad o reparto asignado, del personal de servidores militares?
SI ( ) NO ( )
¿Por qué?
……
……
……

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO N° 2

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

FORMATO DE ENTREVISTA

Sr. Entrevistado:

Con la finalidad de culminar la Carrera de Derecho y obtener el título de Abogado, acudo a usted para solicitarle que se sirva responder las preguntas que le planteo en este formulario, el mismo que tiene el propósito de obtener información para el desarrollo de la Tesis titulada: "**EL DELITO DE DESERCIÓN DE LOS SERVIDORES MILITARES Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA"**, por su colaboración, expreso mi gratitud.

1. **¿ De acuerdo a su opinión, las normas que tipifican el delito de deserción en el Código Penal ecuatoriano, son suficientes para sancionar a las servidoras y servidores militares?**
   ……
   ……
   ……
   ……

2. **¿ Es justo el criterio establecido en el Código Penal, en el sentido de que no le imponga una sanción penal al servidor militar que abandona su función, unidad o servicio por más de tres días en tiempo de paz?**
   ……
   ……
   ……
   ……

3. **¿ Le parece coherente, que sólo se sancione el delito de deserción en tiempo de conflicto armado, y que no se imponga sanciones privativas de la libertad, para el abandono injustificado de funciones en tiempo de paz, en cuyo caso sólo se impone penas administrativas como la destitución?**

……
……
……
……

4. **¿ Se debería plantear una reforma al Código Penal ecuatoriano, para la tipificación como delito al abandono injustificado a la unidad, función o servicio por más de tres días?**

……
……
……
……

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO N° 3

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APROBADO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

EL DELITO DE DESERCIÓN DE LOS SERVIDORES MILITARES Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

PROYECTO DE TESIS PREVIA A LA OTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR:

Marco Rodrigo Aucapiña Ninacuri

Loja – Ecuador
2012

1. TEMA.

“EL DELITO DE DESERCIÓN DE LOS SERVIDORES MILITARES Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

1. PROBLEMÁTICA.

La reforma al Código Penal ecuatoriano, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 196 del19 de mayo del 2010, incorpora a la legislación penal común los Delitos de Función de Servidoras y Servidores Militares, y en su artículo 602.34, tipifica el delito de deserción imponiendo a la servidora o servidor militar que deserte en tiempo de conflicto armado, la pena de prisión de tres meses a un año; de acuerdo con el artículo 602.35, esa misma pena se impone a los superiores directos o jefes de unidades que no den aviso de la deserción de sus subordinados. Desde mi punto de vista en las normas anteriormente establecidas no se cumple con el principio de proporcionalidad establecido en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, pues la deserción es un delito muy grave y más si ella se produce en tiempo de conflicto armado, además de ello no puede equipararse la conducta del desertor, con la de la autoridad que no da aviso de la deserción, ya que es sin duda alguna más grave la de quien siendo un servidor militar abandona sus funciones en tiempo de conflicto. Además en la legislación penal vigente, se presenta un vacío jurídico en cuanto sólo se sanciona la deserción en tiempo de conflicto, por lo que el servidor militar que abandone sus funciones en tiempo de paz, por

un período mayor a tres días será destituido, luego de seguirse el correspondiente sumario administrativo, como un funcionario cualquiera. Considero que el abandono de las funciones por parte de un servidor militar independientemente de la situación administrativa, debería ser sancionado también como deserción, para lo cual deben graduarse proporcionalmente las penas, siendo por supuesto más severas aquellas que sancionan la deserción en tiempo de conflicto armado. De acuerdo a los criterios mencionados, se evidencia la existencia de una problemática que torna inadecuada la tipificación de la deserción como delito de servidoras y servidores militares, la cual debe ser afrontada mediante el planteamiento de una propuesta de reforma jurídica, que acogiendo el principio de proporcionalidad sancione de manera efectiva, el delito de deserción.

2. JUSTIFICACIÓN.

La realización del trabajo investigativo propuesto, tiene diferentes razones que justifican la ejecución del estudio, así tenemos.

En lo social es importante desarrollar el trabajo investigativo, porque el mismo tiene como finalidad estudiar un problema relacionado con las servidoras y servidores militares y consecuentemente con las Fuerzas Armadas del Estado ecuatoriano, que indudablemente se constituyen en parte fundamental de la sociedad y por lo mismo todo trabajo relacionado con ellas interesa a todos los ciudadanos ecuatorianos.

En lo jurídico considero trascendental desarrolla la investigación propuesta por cuanto para su ejecución será parte primordial el estudio de las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador acerca de las Fuerzas Armadas en general, y del Código Penal ecuatoriano respecto a los delitos en los que pueden incurrir las servidoras y servidores militares; finalmente a través del planteamiento de la propuesta jurídica se dará un aporte para la mejor regulación del delito de deserción en la legislación penal ecuatoriana.

En la parte académica es interesante la ejecución del trabajo investigativo porque el mismo se constituirá en un aporte importante para el estudio del derecho penal y especialmente de las normas aplicables a las servidoras y servidores militares, por lo cual será un aporte para el análisis y formación de los futuros profesionales del derecho y también de las personas que integran las Fuerzas Armadas. Desde este punto de vista es interesante también la ejecución del trabajo, ya que el mismo me permitirá cumplir con un requisito que exige la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, para poder obtener mi título de abogado.

También es preciso anotar dentro de la justificación que he realizado un análisis previo, llegando a determinar que si es posible encontrar los elementos teóricos suficientes para sustentar el trabajo, de igual forma poseo los recursos económicos suficientes que me permitirán asumir todos los costos que demande el trabajo hasta su culminación, finalmente tengo

que anotar que por mi condición de servidor militar, tengo conocimientos cercanos acerca de la temática, y además me será posible establecer contacto con más personas que tienen conocimiento acerca del problema que será objeto de estudio.

3. OBJETIVOS.

Los objetivos que se van a verificar a través de la realización de este trabajo, son los siguientes:

4.1. OBJETIVO GENERAL.

- ✓ Estudiar desde el punto de vista crítico, las normas jurídicas previstas en la legislación ecuatoriana sobre el delito de deserción, y los criterios doctrinarios que en el ámbito nacional e internacional existan al respecto.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- ✓ Demostrar que el principio de proporcionalidad consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, se ve afectado por las sanciones establecidas en el Código Penal respecto al delito de deserción.
- ✓ Establecer que la normativa sobre el delito de deserción prevista en el Código Penal ecuatoriano no es suficiente para sancionar a las

servidoras y servidores militares que abandonan sus funciones en tiempo de paz.

- ✓ Realizar el planteamiento de una propuesta jurídica de reforma al Código Penal ecuatoriano en lo que respecta a la normativa que tipifica el delito de deserción, a fin de que las sanciones por esta conducta se acoplen al principio de proporcionalidad reconocido en la Constitución de la República del Ecuador.

5. HIPÓTESIS.

Las normas establecidas en el Código Penal para tipificar el delito de deserción no guardan relación con el principio de proporcionalidad establecido en la Constitución de la república del Ecuador, y no son suficientes para sancionar las conducta de las servidoras y servidores militares que desertan de su función en tiempos de paz.

6. MARCO TEÓRICO.

Es importante iniciar la recopilación de algunos referentes teóricos acerca del trabajo de investigación propuesto, para lo cual empezaré recopilando las opiniones doctrinarias existentes acerca de la deserción.

Guillermo Cabanellas escribe:

“DESERCIÓN: Genéricamente, abandono del servicio de las filas del Ejército. Traición; fuga al campo enemigo. Evasión; huida del bando en que se luchaba por la fuerza para ponerse bajo la bandera preferida, cual es tan frecuente en las guerras civiles. Estrictamente delito militar típico, siempre grave y que revista distintas modalidades, dentro del esencial abandono del servicio sin licencia adecuada por un individuo de las clases de tropa; ya que para los oficiales y suboficiales se reserva el nombre de abandono de destino o de residencia”[38].

De acuerdo con la opinión anterior, la palabra deserción hace referencia al abandono del servicio en el ejército, en el ámbito estricto del derecho penal, se considera como deserción el abandono del servicio sin licencia adecuada por una persona perteneciente a la tropa.

Otro aporte conceptual, en relación con el asunto que estamos tratando es el siguiente:

“Deserción es un término vinculado al verbo desertar: abandonar, dejar, alejarse.

Uno de los usos más frecuentes del término se halla en el campo militar, donde la deserción es el abandono del deber. Esto quiere que un desertor puede ser un cabo, un coronel o cualquier otro integrante de la fuerza armada. La excepción ocurre con los reclutas: cuando abandonan sus

[38] CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 187.

tareas, no se los considera como desertores, sino que se los enmarca en la categoría de prófugos (personas que escapan de una medida de la autoridad o de una decisión de la Justicia)”[39].

La opinión anterior hace posible establecer que la deserción hace referencia a la acción de abandonar, dejar o alejarse de algo, por eso es que esta palabra se emplea de manera frecuente en el ámbito militar, para hacer referencia al abandono del deber. La deserción se aplica para designar a los integrantes de las fuerzas armadas cuando abandonan sus funciones, sin embargo no se utiliza para designar el abandono por parte de quienes tienen la condición de reclutas.

Los aportes que se han considerado en las líneas anteriores son suficientes para poder establecer, que la deserción es la acción en la que incurren los integrantes de las fuerzas armadas al abandonar el cumplimiento de sus funciones.

La deserción en el caso de la legislación penal ecuatoriana es considerada como un delito, el que está tipificado en el Código Penal, en los artículos que procedo a comentar a continuación.

“Art. ... (602.34).- Deserción.- Será sancionado con prisión de tres meses a un año, la servidora o servidor militar que, en conflicto armado, abandonare

[39] http://definicion.de/desercion/

por más de cinco días el puesto, servicio o función que le hubiere sido designado, de forma ilegal e injustificada”[40].

De acuerdo con el artículo anterior, en la legislación ecuatoriana se considera como deserción la conducta de una servidora o servidor militar, que abandona por más de cinco días el puesto, servicio o función que se le haya designado. La condición o el elemento configurativo de la conducta es que el abandono se produzca mientras exista un conflicto armado.

La tipificación actual difiere de la que constaba en el Código Penal Militar, en donde se sancionada como deserción el abandono del puesto, servicio o función, por más de once días en estado de paz y por más de tres en estado de guerra.

Por lo tanto de acuerdo con el artículo que se está analizando, las servidoras y servidores militares que abandonen su puesto, en tiempo de paz, por más de tres días deberán sujetarse a las sanciones administrativas correspondientes, es decir a la destitución, sin que su conducta contraria a los principios militares de abandonar su puesto de servicio, sea sancionada en el ámbito penal.

Además la pena impuesta que puede llegar hasta un año de prisión en el caso de que el abandono o deserción se produzca en tiempo de conflicto, no se compadece con la actitud irresponsable, de la servidora o servidor militar,

[40] CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012, pág. 64.

que abandonan su puesto o función, por lo que se incumple el principio de proporcionalidad, establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

Otro precepto que tiene relación, con el delito en que incurren las servidoras y servidores militares al abandonar su puesto o servicio, es el siguiente:

> "Art. ... (602.35).- Omisión de aviso de deserción.- Serán sancionados con prisión de tres meses a un año, las o los superiores directos o jefes de unidades o repartos que no dieren parte de la deserción de sus subordinados"[41].

El artículo citado equipara como igualmente graves la conducta del desertor y del servidor militar que teniendo la condición de superior directo o jefe de unidad o reparto, no da parte acerca de la deserción de sus subordinados. Considero que en este caso existe también una contradicción con el principio de proporcionalidad pues es evidentemente más grave la conducta de quien abandona sus funciones, de allí que el comportamiento de quien omite su obligación de dar parte debería ser sancionado con menos rigor.

Es decir, de acuerdo a los preceptos anteriores, el abandono del puesto, servicio o función por parte de las servidoras y servidores militares, en tiempo de paz, será sancionado únicamente en el ámbito administrativo, y si se produce en tiempo de conflicto la pena será hasta de un año de prisión,

[41] CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012, pág. 64.

con lo que prácticamente, dadas las condiciones actuales de la sociedad ecuatoriana, deja de existir el delito de deserción, situación con la que no estoy de acuerdo, pues las Fuerzas Armadas, están obligadas a cumplir la misión que les impone la Constitución de la República del Ecuador, cuando expresamente señala:

> "Art. 158.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos.
>
> Las Fuerzas Armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía y la integridad territorial"[42].

Las Fuerzas armadas tienen como deber la protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, siendo su misión fundamental la de defender la soberanía e integridad territorial. Por lo tanto se necesita de servidoras y servidores militares que asuman con dignidad y responsabilidad el servicio y las funciones que se les atribuyen, siendo indispensable sancionar a quienes en tiempo de paz, incumpliendo su deber abandonan las filas militares.

Realizo los planteamientos anteriores porque coincido con el criterio del autor Marcelo Almeida Figueroa, quien manifiesta lo siguiente:

[42] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012, pág. 41.

> “Lamento la eliminación de la figura penal de la deserción y califica de absurdo que la ausencia prolongada de un uniformado se proceda como con cualquier funcionario. Qué pasaría, me pregunto, si un militar poseedor de conocimientos muy especiales por su formación, decide no volver a filas y acaba transmitiendo esos datos a una fuerza peligrosa; “es incluso un riesgo para la seguridad”[43].

En efecto, especialmente hoy que se han alcanzado alto niveles de especialización en las diferentes áreas de las Fuerzas Armadas, es necesario garantizar lealtad y permanencia de sus miembros, por ello creo indispensable sancionar el delito de deserción en tiempos de paz, de una forma proporcional a la gravedad de la conducta, y adecuar la tipificación de esta conducta a los preceptos constitucionales relacionados con el principio de proporcionalidad, siendo precisamente ésta la finalidad por la que se realiza el planteamiento de este trabajo investigativo, a objeto de garantizar el respeto a la institucionalidad y a los principios de las Fuerzas Armadas por parte de todos sus miembros, de manera tal que puedan cumplirse los objetivos que la Constitución de la República del Ecuador atribuye a esta noble institución.

[43] http://www.elmercurio.com.ec/259405-leyes-militares-y-policiales-con-menos-delitos-y-penas.html

7. METODOLOGÍA.

7.1. MÉTODOS:

Durante el proceso de investigación jurídica que me propongo realizar, aplicaré el método científico, partiendo de la observación del problema que está relacionado con la inadecuada tipificación del delito de deserción que hace el Código Penal ecuatoriano, así mismo se empleará el análisis y la síntesis como camino a seguir para lograr el objetivo propuesto.

También serán elementos importantes la inducción, dentro del marco teórico, doctrinario y filosófico, así como la deducción en el campo de investigación empírica, de las conclusiones y recomendaciones. Se hará un análisis del campo jurídico legal a través de la Constitución de la República del Ecuador y el Código Penal ecuatoriano, que tienen una vinculación directa con el problema.

7.2. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.

Para la realización del presente trabajo, se iniciará mediante el acopio de material bibliográfico, utilizando técnicas de recopilación teórica, fichaje bibliográfico y documental, técnicas de argumentación empírica como la encuesta y la entrevista.

La investigación de campo se concretará a realizar consultas de opinión a personas conocedoras del asunto: Jueces de Garantías Penales, Jueces de las Salas Penales Militares, Fiscales, abogados en libre ejercicio en el Distrito Judicial de El Guayas, esto mediante muestreo poblacional a por lo menos treinta personas para las encuestas y cinco para las entrevistas, ambas técnicas con cuestionarios previamente elaborados, derivados de la hipótesis.

Los resultados de la investigación empírica se presentarán en gráficos de barras, y servirán para sustentar las conclusiones y recomendaciones, así como la propuesta jurídica que se presentará como resultado final del trabajo.

7.3. ESQUEMA PROVISIONAL DEL INFORME FINAL.

El informe de la investigación propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento de Régimen Académico, que establece la obligatoriedad del resumen en castellano, traducido al inglés; introducción, revisión de literatura, materiales y métodos, resultados, discusión, conclusiones, recomendaciones, bibliografía y anexos. Por la naturaleza del trabajo como parte de las recomendaciones se hará constar la correspondiente propuesta de Reforma Jurídica al Código Penal ecuatoriano.

En la revisión de literatura se hará constar el marco conceptual, con las siguientes categorías: el delito en general, el servicio militar, el delito de deserción, el principio de proporcionalidad; marco doctrinario, en donde se abordarán temas como: los servidores militares en el Ecuador; la responsabilidad penal de los servidores militares; el delito de deserción antecedentes históricos y régimen legal actual; el principio de proporcionalidad en las infracciones penales; y, un marco jurídico en el que se abordarán las normas que sobre la problemática, están recopiladas en la Constitución de la República del Ecuador, Código Penal ecuatoriano, y las normas que respecto a este tema se encuentran establecidas en la legislación comparada.

En materiales y métodos se hará una descripción de los recursos metodológicos que se han empleado en el trabajo esto es: métodos, técnicas y procedimientos.

En la parte correspondiente a resultados, constarán las opiniones obtenidas a través de la encuesta y la entrevista, las que permitirán desarrollar en la Discusión, la verificación y de objetivos y contrastación de la hipótesis propuesta.

Finalmente se presentarán las conclusiones, recomendaciones y la Propuesta Jurídica de Reforma al Código Penal ecuatoriano.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

TIEMPO DE EJECUCIÓN																				
AÑO:		2012																		
MESES:		JUNIO				JULIO				AGOST				SPETIEM				OCTUB			
SEMANAS:		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
ACTIVIDADES	Elaboración y presentación del proyecto de investigación	X	X																		
	Aprobación del proyecto			X	X																
	Elaboración de la parte teórica de la tesis					X	X	X	X	X											
	Trabajo de campo										X	X									
	Organización de la investigación de campo y confrontación de objetivos a hipótesis												X	X							
	Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta														X	X					
	Revisión y aprobación por el director																X	X			
	Sesión reservada por el Tribunal de Tesis																		X	X	
	Disertación, defensa y graduación																				X

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

9.1. RECURSOS HUMANOS:

- Director de Tesis.
- Postulante: Jennifer Carolina Novillo Jaramillo
- Personas entrevistadas y encuestadas.
- Miembros del Tribunal de Grado.

9.2. PRESUPUESTO:

- Bibliografía sobre el tema de investigación	$	550.00
- Fotocopias		50.00
- Materiales de oficina (papel, esferos, lápices, etc.)		100.00
- Equipo de oficina		400.00
- Internet		50.00
- Transporte y movilización		350.00
- Gastos en derechos y especies		350.00
- Imprevistos		200.00
TOTAL:	$	2.050.00

SON: Dos mil cincuenta dólares americanos

9.3. FINANCIAMIENTO:

Los gastos que demande la presente investigación serán financiados con recursos propios del autor.

10. BIBLIOGRAFÍA.

ANDREW GRAW, Marco, El Fuero Militar y el Derecho Internacional, Editorial Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá-Colombia, 2003.

CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001.

CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012.

CÓDIGO PENAL MILITAR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012, pág. 41.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid-España, 2004.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, El Fuero Militar, la Injusticia de las Fuerzas Armadas, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2008.

http://definicion.de/desercion/

http://www.elmercurio.com.ec/259405-leyes-militares-y-policiales-con-menos-delitos-y-penas.html

LARREA OLGUÍN Juan, Manual de Derecho Constitucional Ecuatoriano, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2001.

MILLÁN GARRIDO Antonio, Justicia Militar, Editorial Ariel - Derecho, México D.F., 2011.

RIAL Juan, Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia, Editorial Residal, Buenos Aires-Argentina, 2010.

VILLAPANDO CÉSAR José Manuel, Introducción al Derecho Penal Mexicano, Editorial Universidad Autónoma de México, México D.F., 2009.

ZAFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, Cuarta Reimpresión, Buenos Aires-Argentina, 2005.

ÍNDICE.

Portada ……. i
Certificación ……. ii
Declaración de Autoría …….. iii
Dedicatoria…….. iv
Agradecimiento…… v
TABLA DE CONTENIDOS …… vi
1. TÍTULO ……. 1
2. RESUMEN …… 2
2.1. ABSTRACT …….. 4
3. INTRODUCCIÓN …… 6
4. **REVISIÓN DE LITERATURA** ……..…… 11
4.1. MARCO CONCEPTUAL …… 11
4.2. MARCO DOCTRINARIO ……... 37
4.3. MARCO JURÍDICO ……... 51
4.4. En la Legislación Comparada ……... 66
4.4.1. Código Penal Militar de España ……... 66
4.4.2. Código Penal Militar de Colombia ……..…... 68
4.4.3. Código Penal Militar de Nicaragua …….. 70
5. MATERIALES Y MÉTODOS …… …… 73
5.1. MATERIALES …….. 73
5.2. MÉTODOS ……..... 73
5.3. TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS …….. 75
6. RESULTADOS …… 77
6.1. RESULTADOS DE LA ENCUESTA ……. 77
6.2. OPINIONES OBTENIDAS EN LA ENTREVISTA ……. 90

7. DISCUSIÓN ……. 101

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS ……. 101

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS ……..... 104

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA …… 106

8. CONCLUSIONES …… 109

9. RECOMENDACIONES …….. 111

9.1. PROPUESTA JURÍDICA DE REFORMA ……... 113

10. BIBLIOGRAFÍA …….. 115

11. ANEXOS ……... 119

INDICE …….. 142