

# UNIVERSIDAD DE HUANUCO

## FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



“INCONSTITUCIONALIDAD DEL FUERO MILITAR POLICIAL EN  
EL PERU Y SU INAPLICABILIDAD EN LA POLICIA NACIONAL”

TESIS PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

TESISTA:

BACH. Juan Luis GUEVARA ZEVALLOS

ASESOR:

MG. Mirtha Janet BORGAS GUERRA DE ALARCON

Lima – Perú  
2016

## DEDICATORIA

A Dios, por ayudarme a lograr una de mis expectativas de vida, a las personas que alentaron mi esfuerzo de superación. A mi esposa e hijos, a quienes prive de momentos familiares por el estudio, pero supieron sobrellevar esos instantes y me incentivaban para continuar. A mi madre y hermano, por sus consejos y enseñanzas los que actúan en mí, como el viento que mueve los árboles o el faro que ilumina el camino.

## AGRADECIMIENTO

A la Universidad de Huánuco, a los que en él laboran, catedráticos, administrativos y a todas aquellas personas que formaron parte del esfuerzo para mi formación profesional, por su lealtad, consejos y dedicación. A mi asesor y maestro de prácticas, a mis colegas policías que hoy son abogado que me apoyaron con sus conocimientos, experiencias, paciencia y motivación para llevar a cabo esta investigación y concluirlo exitosamente.

## INDICE

	Pág.
CARATULA	
DEDICATORIA .....	I
AGRADECIMIENTO .....	II
INDICE .....	III
RESUMEN .....	IV
ABSTRAC .....	IV
INTRODUCCION.....	V
CAPITULO I	
1. PROBLEMA DE INVESTIGACION	
1.1 DESCRIPCION DEL PROBLEMA.....	02
1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA	
1.2.1 Problema General.....	05
1.2.2 Problemas Específicos.....	05
1.3 OBJETIVO GENERAL.....	05
1.4 OBJETIVOS ESPECIFICOS .....	05
1.5 JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION .....	06
1.5.1 Justificación Teórica .....	07
1.5.2 Justificación Metódica .....	08
1.5.3 Justificación Practica .....	08
1.5.4 Justificación Legal .....	08
1.5.5 Justificación Académica .....	09
1.6 LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	09
1.7 VIABILIDAD O FACTIBILIDAD .....	10
CAPITULO II	

## 2. MARCO TEORICO

2.1	ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN	
2.1.1	Antecedentes sobre Tesis Nacionales.....	11
2.1.2	Antecedentes sobre Tesis Internacionales .....	14
2.2	BASES TEÓRICAS	
2.2.1	Antecedentes Históricos del Fuero Penal Militar.....	19
2.2.2	La Justicia Militar: Su existencia en el marco de un Estado Constitucional.....	24
2.2.3	Imparcialidad e Independencia del Fuero Militar Policial....	25
2.2.4	Principio de Jerarquía, Subordinación y Obediencia.....	28
2.2.5	Diferencia entre la naturaleza de la Función Militar y Policial.....	29
2.2.6	Excluir a la Policía Nacional del Ámbito de Competencia Del Fuero Militar Policial.....	34
2.3	DEFINICIONES CONCEPTUALES	
2.3.1	Derecho Penal Militar.....	41
2.3.2	Fuero.....	42
2.3.3	Delito de Función.....	42
2.3.4	Principio de Independencia e Imparcialidad de los Jueces .	45
2.3.5	Principio de Inamovilidad en el cargo.....	46
2.3.6	Principio de Jerarquía, subordinación y obediencia.....	48
2.4	HIPÓTESIS	
2.4.1	HIPOTESIS GENERAL.....	50
2.4.2	HIPOTESIS ESPECIFICAS.....	51
2.5	VARIABLES	
2.5.1	VARIABLE INDEPENDIENTE: (X).....	51
2.5.2	VARIABLE DEPENDIENTE: (Y).....	52
2.6	OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES .....	53

## CAPITULO III

### 3. MARCO METODOLÓGICO

3.1	METODO, TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN		
3.1.1	Método de Investigación.....	54	
3.1.2	Tipo de Investigación.....	54	
3.1.3	Nivel de Investigación.....	55	
3.1.4	Diseño de Investigación.....	56	
3.2	POBLACIÓN Y MUESTRA		
3.2.1	Población.....	56	
3.2.2	Muestra.....	56	
3.3	TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	58	
3.3.1	Técnicas para el procesamiento y análisis de la información	58	
CAPITULO IV			
4.	RESULTADOS		
4.1	PROCESAMIENTO DE DATOS.....	59	
4.2	CONTRASTACION DE HIPOTESIS.....	61	
CAPITULO V			
5.	DISCUSION Y RESULTADOS		
5.1	DISCUSION.....	75	
5.2	RESULTADOS.....	81	
CONCLUSIONES.....			95
RECOMENDACIONES.....			97
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....			98
ANEXOS			
1. A	GUIA DE ENTREVISTA.....	102	
1. B	GUIA DE CUESTIONARIO DE ENCUESTA.....	103	

1. C	MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	106
1. D	RESUMEN DE LA SENTENCIA TC N° 0001-2009-PI/TC.....	108
1. E	TEXTO COMPLETO DE LA SENTENCIA TC N° 0001-2009-PI/TC...	109
1. F	TEXTO COMPLETO DE LA SENTENCIA TC N° 0012-2006-PI/TC...	143
1. G	RESOLUCION DE APROBACION DEL PROYECTO.....	196
1. H	RESOLUCION DE NOMBRAMIENTO DE ASESOR.....	197

## RESUMEN

El presente Informe Final que da origen al desarrollo del estudio denominada **“Inconstitucionalidad del Fuero Militar Policial en el Perú y su inaplicabilidad en la Policía Nacional del Perú”**, tuvo como objetivo, determinar cómo influye la Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de Diciembre del 2009 recaída en el Expediente Nº 00001-2009-PI/TC, al diseño constitucional del dominio Militar Policial, dejando en subsistencia criterios que justifican pensar que en la actualidad se trata de un organismo jurisdiccional con graves dilemas de legitimidad constitucional e inaplicable para el caso del personal de la Policía Nacional del Perú.

El método de investigación empleado ha sido el HIPOTETICO – DEDUCTIVO sustentado en la utilización del razonamiento para la deducción, análisis y síntesis correspondiente. La muestra empleada ha sido seleccionada teniendo en consideración las Sentencias del Tribunal Constitucional correspondientes al periodo 2004 a 2009.

Finalmente hemos logrado identificar aquellos criterios válidos para considerar que la Jurisdicción Militar Policial tiene hoy en día una organización y funcionamiento inconstitucional y resulta siendo inaplicable en el lado de someter a su jurisdicción a los integrantes de la Policía Nacional del Perú.

PALABRA CLAVE: Fuero Militar Policial, Inconstitucional.

## ABSTRACT

This Final Report that gives rise to the approach of the thesis called "**Unconstitutional the Police Military Court in Peru and its inapplicability in the National Police of Peru**", aimed to determine how it influences the judgment of the Constitutional Court on 4 December 2009 relapse in Exp. No. 00001-2009-PI / TC, the constitutional design Military Police jurisdiction, leaving subsistence criteria which justify considering today is a judicial body with and inapplicable to the serious problems of constitutional legitimacy if the members of the National Police of Peru.

The research method used was the hypothetical - deductive reasoning based on the use of reasoning for the deduction, corresponding analysis and synthesis. The sample used has been selected taking into account the judgments of the Constitutional Court for the period 2004-2009.

Finally we have managed to identify those valid reasons to consider that the Police Military Court currently has an unconstitutional organization and operation criteria and is being inapplicable in the end submit to its jurisdiction the members of the National Police of Peru.

TAGS: MILITARY POLICE, CONSTITUTIONAL JURISDICTION.

## **INTRODUCCIÓN**

La presente investigación titulada: “Inconstitucionalidad del Fuero Militar Policial en el Perú y su inaplicabilidad en la Policía Nacional”, tuvo como objetivo determinar como la “*Sentencia del Tribunal Constitucional del 04 de Diciembre del 2009 recaída en el Expediente Nº 00001-2009-PI/TC*” constituye un retroceso en la adecuación de la Jurisdicción Penal Militar Policial al diseño Constitucional, dejando en subsistencia criterios que justifican valorarla como un organismo jurisdiccional inconstitucional. De igual manera identificar aquellos criterios que convalidan graves dilemas de legalidad Constitucional de dicho fuero y su inaplicabilidad en el personal de la Policía Nacional del Perú.

La actual investigación consta de cinco capítulos:

Capítulo I: Problema de Investigación, describimos un tema actual de mucha trascendencia y preocupante para las Ciencias del Derecho como lo es la Competencia Penal Militar Policial, aquí daremos cuenta del modelo de organización jurisdiccional castrense y policial cuestionado en su momento, identificaremos luego los criterios o valores que actualmente resultan esenciales para valorar la compatibilidad Constitucional con el nuevo régimen penal Militar y Policial, o por lo opuesto identificar aquellos criterios que convalidan nuestra posición de justificar que actualmente tenemos una Jurisdicción Militar con serios dilemas de legitimidad Constitucional.

Capítulo II: Marco Teórico; comentamos los antecedentes de la investigación vinculados al Fuero Militar y Policial, que nos valdrán como apoyo para desarrollar una adecuada investigación, los soportes teóricos que respaldan cada una de las variables, las bases legales que regulan el problema, la relación de términos básicos citados en la presente indagación, definimos la hipótesis e identificamos las variables y su correspondiente Operacionalización.

Capítulo III: Metodología de la Investigación; desarrollamos el esquema de investigación, su enfoque, alcance o grado y el diseño. De igual manera la población y muestra estudiada, señalamos también los métodos e instrumentos de indagación para la compilación de datos, para su presentación y para el estudio e interpretación de los mismos.

Capítulo IV: Resultados; corresponde el proceso, examen y comprensión de los resultados alcanzados de acuerdo a las hipótesis planteadas, asimismo se comprobaron las hipótesis, principalmente las específicas mediante Tablas de Contingencias.

Capítulo V: Discusión de Resultados; Análisis y Significado de los resultados de nuestra investigación, contrastándola con el trabajo de campo, con el análisis documentario, jurisprudencia y valoraciones de especialistas en el tema.

Finalizo presentando las Conclusiones, Recomendaciones, Referencias Bibliográficas y Anexos (Matriz de consistencia entre otros).

# CAPITULO I

## PROBLEMA DE INVESTIGACION

### 1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Un tema actual, preocupante y de mucha trascendencia para las Ciencias del Derecho, es el referente a la Potestad Penal Militar Policial, máxime si se tiene presente que, en las discusiones de académicos, juristas y políticos sobre temas relativos a la actuación en la conducción de la justicia, la autonomía de magistrados o la soberanía del Poder Judicial, casi nunca es tema de debate el ahora denominado “*Fuero Militar Policial*”.<sup>1</sup>

No se debate la independencia, inamovilidad o integridad de los magistrados militares y cuando se ha tomado una actitud crítica al respecto, ha estado centrada única y exclusivamente en razón de competencias entre el Fuero Común y el Militar; sin embargo, los magistrados militares, no solo han procesado al personal de las “*Fuerzas Armadas y Policía Nacional*”, sino que también han procesado a civiles por delitos totalmente ajenos a los intereses y bienes jurídicos castrenses.

Debemos reconocer entonces, que las solicitudes de inconstitucionalidad que se dieron a inicios de siglo para ser más precisos desde el año 2003, dirigidas en contra la “*Ley Orgánica de Justicia Militar y Código de Justicia Militar*”, no estuvieron dirigidas precisamente a reconocer derechos primordiales de militares y policías sujetos a su jurisdicción; de ningún modo, el interés trascendental fue por un lado la protección de los derechos fundamentales de los civiles que entre terroristas y componentes de bandas criminales organizadas, comparecieron para ser investigados, juzgados y sentenciados por Tribunales Militares, hasta con penas

---

<sup>1</sup>[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20080528\\_40.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_40.pdf)

de cadena perpetua; y, de igual manera, el excesivo protagonismo político que asumió la Justicia Militar al pretender extender un manto de impunidad sobre sucesivas denuncias de transgresiones a los “*derechos humanos*” y actos de corrupción perpetrados presuntamente por militares.

Estos hechos originaron conflictos y querellas entre Fiscales de ambos fueros, magistrados, abogados defensores, procuradores y todos aquellos que tenían interés en seguir los procesos que se realizaban en la “*Justicia Militar*”, encontrando una sucesión de trabas, desinformación y falta de apoyo de parte de las autoridades jurisdiccionales castrenses. Se consideró entonces que el denominado Fueno Militar debería restringir su actuación, únicamente al conocimiento de delitos de función perpetrados por militares y policías en situación de actividad y de allí el interés puesto de manifiesto por conocer un poco más sobre normas concernientes al “*Derecho Penal Militar*”, descubriendose de esa manera su total falta de adecuación al sistema constitucional que en teoría debiera ser análoga a la que opera dentro de la competencia ordinaria, por lo que las solicitudes de inconstitucionalidad cursadas en esa oportunidad ante el “*Tribunal Constitucional*”, abarcaron todos los aspectos puestos al descubierto.

Sin embargo, las normas legislativas que se fueron dando en respuesta a la sostenida jurisprudencia señalada por el “*Tribunal Constitucional*” mediante la cual suscribía que tanto el “*Código de Justicia Militar*” como la “*ley Orgánica del Fueno Militar*” eran inconstitucionales, fueron objeto de reiterados cuestionamientos, al punto que contra la primera de las normas mencionadas se plantearon sendas quejas de inconstitucionalidad ante el “*Supremo Tribunal*” Constitucional, por parte del “*Ministerio Público y del Colegio de Abogados de Lima*”. Así mismo, merecieron la opinión desfavorable

<sup>2</sup> Exp. N° 00001-2009-PI/TC <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-AI.html>

del Consejo Ejecutivo del “*Poder Judicial*”, del “*Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura*”, así como de organizaciones de derechos humanos vinculadas con esta materia.

Pero fue en la “*Decisión del Tribunal Constitucional del 4 de diciembre del 2009*” recaída en el “*Exp. N° 00001-2009-PI/TC sobre petición de inconstitucionalidad interpuesta, por el Colegio de Abogados de Lima en contra de la Ley N° 29182 denominada Ley del Fueno Militar Policial*<sup>2</sup>”, en que el TC modificando deliberada y controvertidamente sus adecuados y repetidos criterios constitucionales, marcó un franco retroceso respecto al desarrollo normativo y jurisprudencial del diseño Constitucional de la autoridad penal militar policial sobre el cual ya se había pronunciado en sus Sentencias anteriores.

Es así que, en el Trabajo de Investigación a desarrollarse, daremos cuenta del tipo de organización jurisdiccional castrense y policial cuestionado en su momento, de igual manera las razones jurisprudenciales establecidas oportunamente por el principal exégeta de la Constitución; las propuestas de reforma que al efecto señaló el mismo “*Tribunal Constitucional*” y su controvertido cambio. Luego identificaremos todos aquellos criterios o factores que actualmente resultan esenciales para valorar la compatibilidad constitucional presente de la novel legislación “*penal militar y policial*” o por el contrario identificar aquellos criterios que convalidan nuestra posición de justificar que ahora tenemos una Justicia Militar con engorrosos problemas de legitimidad constitucional.

Teniendo como parámetro todo ello, analizaremos el nuevo régimen “*penal militar policial*”, fundamentalmente a partir de lo dictaminado por el “*Tribunal Constitucional*” en sus sentencias sobre el tema y

finalmente su inaplicabilidad como fuero penal, a los integrantes de la Policía Nacional del Perú por los llamados Delitos de Función.

## 1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

### 1.2.1 PROBLEMA GENERAL

¿Cuáles son los factores que determinan la inconstitucionalidad del “*Fuero Militar Policial*”<sup>1</sup> y su inaplicación en la Policía Nacional?

### 1.2.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS

¿Cuáles son las causas que genera la inconstitucionalidad del “*Fuero Militar Policial*”<sup>1</sup>?

¿Cuáles son las razones por las cuales el “*Fuero Militar Policial*”<sup>1</sup> resulta inaplicable a los integrantes de la Policía Nacional?

## 1.3 OBJETIVO GENERAL

Determinar cómo influye la “*Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de Diciembre del 2009*” recaída en el “*Exp. N° 00001-2009-PI/TC*”<sup>2</sup>, constituye un retroceso en la adecuación de la Autoridad “*Penal Militar Policial*” al diseño constitucional, dejando en subsistencia criterios que justifican suponer que en la actualidad se trata de un organismo jurisdiccional inconstitucional.

## 1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar las “*Sentencias del Tribunal Constitucional*” que señalaron la inconstitucionalidad del “*Código de Justicia Militar y Ley Orgánica del Fuero Militar*”.



- Examinar los términos de la “*Sentencia del Tribunal Constitucional*” del 4 de diciembre del 2009 recaída en el “*Exp. N° 00001-2009-PI/TC*”<sup>2</sup> cambiando discutida y controvertialmente sus propios y repetidos criterios constitucionales concordado con la inconstitucionalidad del “*Código de Justicia Militar y Ley Orgánica del Fuero Militar*”.
- Identificar aquellos criterios que convalidan justificar que en el presente tenemos una “*Justicia Militar*” con problemas graves de legalidad constitucional e inaplicable para el caso de los integrantes de la Policía Nacional del Perú.

## 1.5 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente Investigación es de relevante importancia jurídica para el Estado de Derecho y para las Ciencias Penales, porque con su desarrollo analizaremos la “*Constitución y funcionamiento*” de un organismo que realiza por mandato constitucional funciones jurisdiccionales cuando los componentes de las “*Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional*” cometan Delitos de Función; la información obtenida con el conocimiento nuevo producido, nos permitirá conocer si el “*Fuero Militar Policial*”<sup>1</sup> viene cumpliendo sus funciones de modo firme y definitivo respetando los derechos de las personas y con instancias jurisdiccionales conformadas en armonía con los cánones Constitucionales.

A la luz del contexto actual, el modelo peruano de “*Justicia Militar*” sigue siendo inevitablemente un riesgo permanente de vulneración de las garantías jurisdiccionales de “*militares y policías*” sometidos a su jurisdicción, desde el instante en que sus Sentencias no conceden ser revisadas en Casación o en última instancia en la “*Corte Suprema de la República*”, salvo las que impongan la pena de muerte; lo que revela que en ningún caso, “*las sentencias del Fuero Militar*” son revisadas por la Corte Suprema.

De hecho persisten todos aquellos supuestos que fueron proclamados inconstitucionales en su momento por el propio TC, por lo que el empleo de los datos logrados a través de la indagación, nos permitirá desde el punto de vista académico, proponer los cambios o mejoras pertinentes, beneficiando en primer punto a la doctrina en materia de ciencias penales aplicadas al “*ámbito penal militar policial*” y en segundo lugar a quienes se interesen por la investigación porque se plasman los cimientos para continuar con el análisis de un tema que debe seguir siendo materia del aporte académico, pues es un hecho que la “*Justicia Militar*”, sigue desarrollándose y consolidándose institucionalmente en un ambiente de clara inconstitucionalidad en perjuicio de militares y componentes de la Policía Nacional, pues se trata de una Autoridad autónoma e independiente conformada por “Magistrados” nominados por el “*Poder Ejecutivo*”, sin una evaluación rigurosa, un examen y una entrevista que pongan de manifiesto su idoneidad y capacidad profesional para desplegarse como Jueces o Fiscales, como si acontece en el Fuenro Ordinario.

De hecho planteamos además, que la actual “*Justicia Militar*” constituye un órgano jurisdiccional inaplicable en el ámbito de la “*Policía Nacional del Perú*”, por cuanto los tipos penales que configuran el “*Delito de Función en el Código Penal Militar Policial*” están adecuados al entorno de la particularidad que constituye la labor militar y se aplican por analogía al personal de la “*Policía Nacional del Perú*”, puesto que el mismo tipo penal es aplicable sin distinción a militares y policías.

Por otro lado, existe una justificación teórica, metódica, práctica, legal y académica que a continuación detallamos:

#### 1.5.1 JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

Mediante la presente investigación pretendemos contribuir al estudio de un aspecto importante de la Disciplina del Derecho, como es el ámbito del “*Derecho Penal Militar Policial*”, describiendo hechos y fenómenos que se suscitan en los Tribunales Militares, limitadamente tratados por los estudiosos del Derecho y que pueden dar lugar a un cambio trascendental en la concepción tradicional del proceso penal militar vigente hasta hoy.

#### 1.5.2 JUSTIFICACIÓN METÓDICA

La justificación metódica tiene sustento en razón que trataremos de identificar los criterios que caracterizan a la Autoridad Militar como inconstitucional, para proponer como aporte la forma de materializar su legitimización constitucional, viabilizando de esa manera un nuevo acceso a una realidad jurídica adecuada a los principios y derechos que orientan un régimen constitucional y democrático.

#### 1.5.3 JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA

La justificación práctica del presente perfil de investigación se encuentra en su uso aplicativo a través de la propuesta modificatoria que permita la existencia de una “*justicia militar*” eficiente, autónoma, especializada y circunscrita a los objetivos que la justifican, que adecue su regulación a los principales criterios y principios que emanan del “*Estado de Derecho*” y los sistemas democráticos.

#### 1.5.4 JUSTIFICACIÓN LEGAL

En el presente caso, la justificación legal del presente estudio, se encuentra respaldada por la normatividad académica de la Universidad de Huánuco – Facultad de Derecho y Ciencias

Políticas – Escuela Académica Profesional de Derecho, que plantea la ejecución de un Estudio de Investigación Jurídico – “*Tesis para optar el Título Profesional de Abogado*”.

#### 1.5.5 JUSTIFICACIÓN ACADÉMICA

La investigación que realizaremos, dentro del marco problemático expuesto, contribuye con el esfuerzo Académico necesario para analizar la “*legislación penal militar policial*” existente e identificar las razones de inconstitucionalidad que aún subsisten en el “*Fuero Militar*”<sup>1</sup>, para poder adecuar la actuación de la función “*Jurisdiccional Penal Militar Policial*” a los parámetros de legitimidad constitucional y a la disquisición que de los mismos ha realizado en su oportunidad el “*Tribunal Constitucional*”. Ello facultará no sólo el juzgamiento autorizado de los “*delitos de función militar y policial*”, sino también el afianzamiento del Estado Constitucional entre nosotros.

#### 1.6 LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Una de las limitaciones más importantes en la actual Investigación es la falta de bibliografía nacional respecto a doctrina vinculada al “*Derecho Penal Militar*”. Otra limitación será la fidelidad y veracidad de la indicación y hechos obtenidos, por tratarse de un trabajo con un ingrediente de análisis e interpretación subjetiva muy importante a partir del análisis de las “*Sentencias del Tribunal Constitucional*” emitidas entre los años 2004 al 2009 en materia de “*Fuero Militar Policial*”<sup>1</sup>. Otra limitación la constituye el tamaño de la muestra, que se tomará de *las Sentencias* antes mencionadas, lo que no posibilitará generalizar las conclusiones a obtener. El diseño a aplicarse, que no es experimental sino descriptivo - explicativo, restringirá establecer una correlación causa-efecto, estableciendo

solo una relación de descripción y manifestación del hecho investigado, buscando así

generar conocimiento que explique el fenómeno jurídico latente y la manera de recomponerlo.

## 1.7 VIABILIDAD O FACTIBILIDAD

De conformidad con la temática, problemática propuesta y objetivos de investigación, se puede decir que el presente Plan de Investigación es viable porque se puede y es posible de realizar, para lograrlo se cuenta con la disponibilidad de los medios materiales, económicos, financieros, humanos, de tiempo y de información importantes para realizarla. El personal profesional que actualmente labora en el “*Fuero Penal Militar Policial*”<sup>1</sup> colaborará desinteresada e incondicionalmente, por cuanto las conclusiones de la investigación también son de su interés. Por otro lado, el suscrito está premunido de las cogniciones necesarias para materializar el presente proyecto, dada su posición de Oficial de Policía, por haber estado bajo la Jurisdicción del “*Fuero Penal Militar Policial*”<sup>1</sup> cuando se encontraba en situación de actividad. El presente Proyecto de Investigación es factible porque contribuye en el diseño de una pretendida acción dirigida a resolver un problema jurídico detectado en el ámbito del “*Derecho Penal*”.

## CAPITULO II

### MARCO TEORICO

#### 2.1 ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

Se exponen a continuación la información de las Tesis que tienen relación manifiesta con el tema del presente “*Proyecto de Investigación*”, los mismas que servirán de soporte para el progreso de la correspondiente investigación:

##### 2.1.1 Antecedentes sobre Tesis Nacionales

- a) “***La Jurisdicción Militar y el Delito de Función en el Derecho Penal Militar peruano***”. Musso López, Mirtha Helenina - 2006, Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima – Perú<sup>a</sup>.

Suscribe que la “*jurisdicción militar*” posee presupuestos jurídicos, empíricos y carácter especializado; de manera que, como fuero de excepción con jerarquía constitucional, entre nosotros, debe seguir existiendo. Por ello, no obramos en armonía con la perspectiva de la “*Defensoría del Pueblo*” que afirma que la “*Justicia Militar*” debe ser una rama especializada dentro del Poder Judicial.

Igualmente reseña que el “*fuero militar, como órgano jurisdiccional, se halla premunido de las cauciones procesales que regulan el derecho al debido proceso; así pues, su honestidad e independencia se encuentran legalmente protegidas*”.



Entre los resultados de esta tesis, resalta aquella que propone que la “*Ley Orgánica de Justicia Militar*” sea modificada, en el extremo de que los integrantes de la “*justicia militar*” sean evaluados por el “*Consejo Nacional de la Magistratura*”, para luego ser escogidos por el Presidente de la República mediante Resolución Suprema, conforme se encuentra regulado en la “*Ley Orgánica de Justicia Militar*”. Este mismo sistema de designación deberán seguir los fiscales asignados a la justicia militar. En cuanto al tiempo que deben permanecer en el cargo, se propone que una vez designados en la plaza correspondiente, no podrán ser removidos de su función sin su consentimiento después de siete años, a menos que incurran en alguna falta grave o delito, al término del cual deberán ser propuestos para una nueva evaluación de ratificación.

- b) **“*Conflictos de Competencia entre el Poder Judicial y la Jurisdicción Militar en el contexto constitucional*”<sup>b</sup>.** Palomino Manchego, José Félix – 2011, Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima – Perú.

“*La Justicia Militar en el pasado, sometía inconstitucionalmente los delitos comunes – como el asesinato – cometidos por sus miembros a su jurisdicción; asimismo, procesaba inconstitucionalmente a ciudadanos – militares en retiro – que ejercitaban sus derechos constitucionales, por ejemplo, a la libertad de expresión*”. De otro lado, procesaba y condenaba a los militares que realizaron actos preparatorios para ejercer el derecho a la insurgencia contra un gobierno usurpador, y finalmente enjuició y condenó a un profesional civil – sometiéndolo

<sup>b</sup> [cyberesis.unmsm.edu.pe/handle/cyberesis/1266](http://cyberesis.unmsm.edu.pe/handle/cyberesis/1266)

un año y medio a prisión – por el supuesto delito de terrorismo, demostrándose luego su inocencia absoluta.

Sin juzgar por ahora sus acuerdos o sus yerros, en los estados de excepción se debe rechazar la aplicación de la “*Justicia Militar*” a los civiles, debido a que si los militares son los encargados de diseñar y ejecutar la lucha antisubversiva, no es razonable que además se constituyan en jueces de sus enemigos, para lo cual deben imperar los “*criterios de razonabilidad y proporcionalidad*”, provenientes de las opiniones consultivas “OC-8//(CIDH y OC-9//(CIDH, del 30 de enero y del 6 de octubre de 1987”, respectivamente.

En el presente estudio no se pretende, de ninguna manera, causar una hipertrofia a la “*Jurisdicción Militar*”, antes bien, el propósito capital es darle un encuadre constitucional que le faculte desarrollarse como tal, evitando de esa forma cualquier descredito que se le pretenda hacer. Para ello requiere, por imperativo constitucional, habiendo el “*Tribunal Constitucional*” reafirmado su naturaleza y existencia, dotarla de una técnica legislativa lógica y coherente, prescindiendo de posiciones complejas y antojadizas que pretendan distorsionarla.

No hay que seguir enturbiando la problemática, sino darle soluciones eficaces y operativas, descartando los recelos y desconfianzas a la “*Jurisdicción Militar*”, y organizarla al compás de los dictados constitucionales para que actúe con la tan ansiada agilidad, celeridad y transparencia, sin trastocar los “*principios y derechos de la función*” jurisdiccional. Es decir, hay que buscar metas optimas con señas de identidad, evitando – adviértase – las

impunidades, porque se trata de un tema claramente prioritario que debe dejar de lado las soluciones distorsionantes.

*“El Derecho Militar como Fuero de Justicia adolece aun de serios defectos conceptuales y procesales que afectan los derechos fundamentales de los procesados, como consecuencia de que no ha sabido medir su radio de repercusión”.* Siendo el más importante la noción de “delito de función” que no se halla debidamente desarrollado, y es el que más conflictos ha suscitado en el tema de la autoridad entre las atribuciones civil y militar. No obstante, estos reparos, existe un consenso y buena voluntad de parte de los jueces y fiscales militares para superar la problemática, en especial a partir del importante y noble papel que cumplen los criterios hermenéuticos “jurisprudenciales del Tribunal Constitucional”.

#### 2.1.2 Antecedentes sobre Tesis Internacionales

- a) **“El Fuero Penal Militar en Colombia**, Cermeño Petro, Jenny del Carmen – 2004, Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de CC. Jurídicas. **Colombia**”<sup>3</sup>.

Reseña que el propósito de la investigación tiene un fin último, “despertar del letargo a quienes viven de espaldas a una realidad Nacional, a un peligro que afecta el suelo patrio, pero principalmente, a mantener viva esa idea que es el soporte de la democracia, del Estado Social de Derecho, que está en sus instituciones y que una de ellas es la “Fuerza Pública” a la cual la “Carta Política” le fija una misión específica, tanto a las “Fuerzas militares como a la Policía

*Nacional*", a las cuales para cumplir con su misión dentro de ese marco

constitucional, les ha fijado un Fuero “*para el juzgamiento de sus integrantes por los delitos relacionados*” con el servicio que cumplen.

La investigación determina que el “*Derecho Penal Militar*” es una rama especial del derecho que ha estado en continua evolución, la cual tiene como fuentes a la Constitución, “*la ley*” y la jurisprudencia; su finalidad es proteger determinados bienes jurídicos relativos a la “*Fuerza Pública*” y a sus miembros, con el fin de prever la comisión de punibles en el desempeño de las funciones que realizan, estableciendo límites a su actividad en concordia con las reglas anticipadamente establecidas, permitiendo el control racional y eficaz del empleo de la fuerza, con lo cual asegura la efectividad del derecho y la legalidad de su misión.

Establece que pese a las reformas constitucionales que ha tenido con la “*Constitución de 1991 y con el Acto Legislativo*” 002 de 1995, en la actualidad conserva la misma estructura del artículo 170 de la “*Constitución Política de 1886*”; manteniéndose de esta forma la facultad de los miembros de la “*Fuerza Pública*” en servicio activo, de juzgar a sus pares en la aplicación del “*Fuero Militar*”<sup>1</sup>.

En cuanto a los ilícitos que conoce la “*jurisdicción militar*” en América latina, en algunos estados se confina a los delitos estrictamente militares y solo en países como Colombia, Perú y Bolivia el “*Fuero Militar*” se aplica a todos los delitos relacionados con el servicio sean estos militares o comunes.

Señala también que no hay razón alguna para decir que la “*justicia penal militar*” es poco objetiva, mucho menos que

sus fallos son parcializados, tal como algunos sectores lo han afirmado “basados” en que el funcionario de las “*Fuerzas Militares*” se debe a una permanente relación jerárquica, vinculadas a las estructuras orgánicas de esa naturaleza, y que debe cumplir como militar con el mandato del superior, por tanto, con la investidura que confiere el servicio activo puede verse reducida su autonomía, la independencia y así mismo la facultad de juzgar objetivamente, lo cual a todas luces no se ajusta a la realidad, puesto que ¿Quién mejor que sus pares para juzgarlo?. De ser así, tal afirmación, sería tanto como aceptar que los jueces laboralistas juzguen casos penales para los que no están preparados.

- b) ***“La Aplicación Expansiva del Fuero Militar en perjuicio de Víctimas de Violación a los Derechos Humanos*** Patrón Sánchez, Mario Ernesto – 2010, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – México” <sup>4</sup>.

Suscribe que el marco constitucional mexicano establece la prohibición expresa de los fueros especiales como una señal de igualdad y no discriminación hacia “*la ley*” y los tribunales. La jurisdicción extraordinaria militar, si bien constituye una excepción, el propio Constituyente se encargó de establecer sus límites y alcances para asegurar que el fuero de guerra se aplicara de forma restrictiva y excepcional y de esta manera evitar que fuese ganador de abusos y privilegios del estamento militar en detrimento de la sociedad en su conjunto.

De esta forma, la regulación que nos otorga la Constitución actual sobre el fuero de guerra es clara en

sus ámbitos de competencia material y persona, pues la razón esencial y

funcional de la jurisdicción extraordinaria militar se explica en la medida de que existe exclusivamente para conocer de “*delitos contra la disciplina*” castrense y se aplica restrictivamente a elementos del “*Ejército*” y no a civiles.

Sin embargo, la regulación normativa secundaria representada en lo principal por el “*Código de Justicia Militar*”, supera los límites y alcances que el texto constitucional establece para la existencia del “*fuero militar*”<sup>1</sup>. Básicamente modifica la noción de fuero material al permitir que delitos del orden común sean juzgados como “*delitos contra la disciplina militar*” por el solo hecho de ser perpetrados por militares al momento de estar en servicio. De esta forma es la condición de militar del sujeto activo del delito, lo que reputa que una conducta delictiva sea calificada “*contra la disciplina militar*” y no el bien jurídico tutelado.

Dadas las características de composición orgánica y estructural de la “*jurisdicción penal militar*”, no garantiza el “*principio de independencia e imparcialidad*” de los órganos de representación y administración de justicia. Más aun, el empleo de la jurisdicción castrense hacia civiles que son víctimas de “*violaciones a los derechos humanos*” ejecutadas por militares, vulnera el principio de “*juez natural o autoridad competente*”, pues las instancias militares no garantizan “*la igualdad ante la ley*” y los tribunales.

---

<sup>3</sup> TESIS “*El Fuero Penal Militar en Colombia*”<sup>3</sup>, Cermeño Petro, Jenny del Carmen – 2004. [www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS48.pdf](http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS48.pdf)

<sup>4</sup> Tesis “*La Aplicación Expansiva del Fuero Militar en perjuicio de Víctimas de Violación a los Derechos Humanos*”

En este orden, los perjudicados civiles del delito al ser sometidas a la “*jurisdicción especial*” militar, son subordinadas a procedimientos, leyes e instituciones privativas de orden militar, lo cual vulnera el “*debido proceso*” pues se rompe la equidad procesal y el “*principio de igualdad*” de armas, siendo prueba fehaciente de ellos las figuras de “*desistimiento por del Secretario de la defensa*” o la causa de exclusión del delito por “*obediencia debida*”. Sin dejar de lado el hecho de que las víctimas del delito no sean consideradas parte procesal en todo el procedimiento penal militar.

- c) “**Competencia de la Justicia Militar, un Análisis Crítico, a la Luz de la Historia**” <sup>c</sup>. Chacano Montiel, Andrés – 2004, “Universidad Austral de Chile” – “Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales” – Escuela de Derecho. **Chile.**

La mayoría de normas especiales examinadas que dan atribución a los “*tribunales militares*” so pretexto de la materia, arrastrando a civiles se hallaría en real inconstitucionalidad por cuanto todas ellas violarían el mandato constitucional del Art.193, en lo relativo a la “*igualdad en el ejercicio de los derechos*”, a la legalidad del juzgamiento, justo proceso y a la norma sobre leyes penales en blanco. En lo que respecta al “*debido proceso*” podemos señalar que no solamente es aquel que nos da las grandes líneas o principios a que se somete un proceso penal, sino aquel que contiene todas y cada una de las garantías necesarias para impedir que la autoridad, privé, perturbe o amenace los “*derechos fundamentales de las personas*”.

Por todas estas consideraciones pensamos que los “Tribunales Militares” deben circunscribirse solamente a

[“Competencia de la Justicia Militar, un análisis crítico, a la luz de la ...”](#)

[cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc431c/pdf/fjc431c.pdf](http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc431c/pdf/fjc431c.pdf)

conocer los casos relacionados con los “*militares que hayan cometido ilícitos*” o quebrantado gravemente las disposiciones penales castrenses. Ello sin olvidar la manera o forma como debemos entender la “*Justicia Militar*” dentro de un Estado de Derecho, ya que los criterios tradicionales establecen que ella pretende cautelar determinados valores de trascendencia en el ámbito militar, como son: la disciplina, “*la jerarquía y la seguridad militar*”. Porque las consideraciones que guían a un hombre de armas son muy distintas. Basta comprender las motivaciones “*que tiene un soldado al enlistarse*” en el ejército, incluso “*para ir a la guerra*”, o para “*afirmar que la disciplina no es*” equivalente a su control. Quien va a asumir la preparación castrense considerando incluso perder la vida por la patria, lo hace con la conciencia plena de unirse a un relacionado a través de la vocación y la disciplina. Acepta que exista un derecho que deba controlar el cumplimiento del deber, pero este está lejos de ser determinante de su vocación.

## 2.2 BASES TEÓRICAS

### 2.2.1 Antecedentes Históricos del Fuero Penal Militar

“La historia del Derecho Penal Militar tiene su causa en el origen mismo de la humanidad, en la cual siempre se ha requerido la presencia de un grupo de sus miembros facultados para defender los intereses del territorio y brindar protección a sus miembros”.<sup>5</sup>

Antiguamente, los ejércitos estaban organizados con los llamados guerreros de ocasión, quienes acompañaban a los jefes de sus tribus en sus luchas con otras tribus, para salvaguardar el dominio territorial, la supremacía, o simplemente por vengar alguna ofensa; al concluir la lucha, los guerreros retornaban a sus habituales ocupaciones, siendo independientes, esto es, que no formaban parte de una estructura estatal, ni mando organizado alguno.

Como incremento de la necesidad de defensa, en la antigua Roma aparecen “*las fuerzas armadas*” permanentes, las cuales, tal como lo “*manifiesta Rodríguez Ussa*”, pueden estimarse “*como los embriones de las fuerzas militares*”. “*De esta manera*” Roma hizo un gran aporte a la civilización, en la que se sustenta; como elementos esenciales, su poderío militar y la extensión de sus dominios”.<sup>6</sup>

Es en Roma donde se desarrolló inicialmente el “*fuero militar*” para asuntos militares y de disciplina, de tal suerte que es el derecho Justiniano donde encontramos los primeros antecedentes del fuero. “*El delito militar, se fundamentó en la idea de disciplina y en la necesidad del mantenimiento de la misma, en aras a la supervivencia de su ejército y del imperio*”.

En el Perú, al declararse la independencia, se mantuvo por un tiempo la vigencia las ordenanzas españolas, al consolidarse la República, las distintas constituciones que ha tenido el Perú han preservado el “*estatuto de la Justicia Militar*” fijándole la gran misión de impartir justicia en el ámbito de su competencia. “*La Justicia Militar*” ha sido siempre un apartado importante en la historia de la República, siendo evidente el tratamiento dado a la “*jurisdicción militar*” en las diversas constituciones que tutelaron el Estado Peruano”.<sup>7</sup>

“La Constitución de 1823” conserva las normas legales previas a la independencia “hasta la organización de los Códigos civil, criminal, militar, y de comercio”. La de 1828 concede facultades al Presidente de la República para proveer “con arreglo a la ordenanza y a las consultas” (...) referente a las sentencias emitidas por los “juzgados militares”, en su calidad “de Jefe Supremo de las fuerzas de mar y tierra”, precisándose también en el “Art. 148º que El Congreso dará las ordenanzas del Ejército, Milicia Nacional y Armada; rigiendo entre tanto las que están vigentes. La Constitución de 1834 tiene especial notabilidad por sus efectos sobre “Justicia Militar”; así, por primera vez se establece en el “Art. 110º, dentro del título referido al Poder Judicial”: “Habrá también un Consejo Supremo de Guerra, compuesto por Vocales y un Fiscal nombrados por el Congreso”.

La Convención Nacional emitió la “Ley del 5 de junio de 1834” que reglaba la estructura del “Consejo Supremo de la Guerra” “con tres generales o coroneles de ejército, uno de igual clase de la armada, tres vocales de la Corte Suprema de la República, y un fiscal letrado, presidido por el general de mayor graduación o antigüedad” y fijando igualmente sus atribuciones. Este Consejo fue instalado el lunes 14 de julio de 1834, acorde al “decreto de 11 de julio del citado año”, rubricado por el “Presidente Provisional de la República” General de División Luís José Orbegoso. Con decreto del 23 de septiembre de 1834, se formó una comisión compuesta por Oficiales Superiores para la elaboración de un proyecto de “código militar”. Sin embargo, en 1839, al promulgarse la Constitución se restituyen las potestades jurisdiccionales al “Presidente de la República”, respecto al tema. Las constituciones de 1856, 1860 y 1867 conservaron las

tradicionales leyes en cuanto al “ámbito castrense” con algunas adecuaciones.

---

<sup>5</sup> RODRIGUEZ USSA, Francisco. “Derecho Penal Militar”. Teoría General. Primera Parte. Publicaciones Jurídicas FRU. Bogotá 1987. pp. 15

<sup>6</sup> Ibíd. Pp.15

<sup>7</sup> Historia del “Fuero Militar Policial”. <http://www.fmp.gob.pe/historia-del-fuero-militar-policial/>

A fines del siglo XIX “el Gobierno de Don Nicolás de Piérola” inicia la restauración del Ejército, el año 1897, y con este fin decidió la colaboración de la “Misión Militar Francesa”, dirigida por el Coronel Pablo Clement, quien presentó un informe sobre la legislación militar, administrativa y reglamentos militares, seguidamente se instaló la primera comisión con el encargo de escribir un proyecto del “Código de Justicia Militar”. Formulado este proyecto, el “10 de diciembre de 1898 fue aprobado por el Congreso y promulgado el 20 del mismo mes”. El Código comenzó a regir 30 días después de la promulgación, o sea, el 20 de Enero de 1899, tuvo una validez de 40 años. *El Artículo 156º de la Constitución de 1920 estableció: “La justicia militar no podrá por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el Ejército, a no ser en caso de guerra nacional”*. En el siglo XX, la “justicia militar” estuvo sujeta a las oscilaciones y permutas Constitucionales de la República.

En 1939 y 1950 tuvieron validez nuevos “Código de Justicia Militar”. Trece años después, en 1963, se promulga un flamante “cuerpo leyes” que duró hasta 1980. *La Constitución de 1979, en el numeral 1 del artículo 233º, establecía: “La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional”. “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar”. “Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación”*. El

artículo 282º precisaba: Los miembros de las “*Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales*” en los casos de “*delitos de función*” están sometidos al “*Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar*”, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, “*salvo lo dispuesto en el artículo 235*” (*No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior*). “*Quienes infringen el Servicio Militar Obligatorio*” están sometidos al “*Código de Justicia Militar*.” La Constitución de 1993 ha tratado, en semejantes términos, el asunto de la autoridad Militar: Artículo 139º.- Son “*principios y derechos de la función jurisdiccional*”: 1. “*La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional*”. “*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral*”.

No hay causa judicial por encargo o delegación. Artículo 173º.- En caso de “*delito de función*”, los miembros de las “*Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional*” están sometidos al “*fuero respectivo y al Código de Justicia Militar*”. Las disposiciones de éste “*no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina*”. La “*casación a que se refiere el artículo 141º*” sólo es aplicable cuando se aplique la pena de muerte. “*Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio*” están asimismo sometidos al “*Código de Justicia Militar*”. Diversos son los atributos que podemos destacar de los artículos glosados. La evidente claridad con que los legislativos se expresaron sobre la existencia del “*Fuero Militar*”, como una “*jurisdicción de excepción*”, con un estatuto propio, sujeto a los “*principios y derechos de la función jurisdiccional*” y a los pactos que sobre DDHH ha suscrito el Perú; igualmente, otros aspectos, no menos importantes, son los referidos al impedimento de juzgar civiles en el “*Fuero*

*Militar*” y el juzgamiento de “*militares y policías*”, en situación de actividad, sólo por delitos de Función.

En la historia reciente, el gobierno peruano promulgó el “*1 de setiembre de 2010*” el nuevo “*Código Penal Militar Policial*”, que se establece como el documento más moderno para la administración de “*justicia en el ámbito militar y policial*”.

#### 2.2.2 “*La Justicia Militar: Su existencia en el marco de un Estado Constitucional*”.<sup>8</sup>

La presencia de la “*jurisdicción militar*” no es debatible, de hecho ello es compartido “*por el Tribunal Constitucional*” y los modelos internacionales. Ahora bien, en concreto, el “*Alto tribunal*” ha marcado que ella es válida en tanto existe una previsión “*constitucional que hace referencia a*” tal entidad, como la señalada “*en el artículo 173º de la Constitución*” de 1993. Nosotros agregaríamos a esto la coyuntura de que en sede internacional de los “*derechos humanos*” ella no está prohibida, pero si delimitada por una cadena de principios, derechos y garantías.

Así, en el “*caso Palamara Iribarne vs. Chile*”, la “*Corte Interamericana de Derechos Humanos*” señaló que “*en cuanto a la necesidad*” de adecuar la clasificación jurídica interna a los modelos internacionales sobre “*jurisdicción penal militar policial*”, el Tribunal considera que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una “*jurisdicción penal militar policial*”, esta debe limitarse solamente “*al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo*”.<sup>9</sup>

En el mismo curso ha decidido el Tribunal Constitucional en sus sentencias de los casos Villalba Zapata y Huamán

Tipismana, indicando que: (...) “una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento” constitucional, “necesariamente habrá de considerar”, por un lado, que la prolongación de la “justicia castrense” no debe explicarse en otros términos que no sea en justa armonía “a su carácter esencialmente restringido, derivado de los propios términos de su reconocimiento y a su articulación con el principio de exclusividad judicial”.<sup>10</sup>

Dicho carácter excepcional se sustenta en el hecho de que su finalidad es salvaguardar los “bienes jurídicos” castrenses cuya vulneración pone en peligro la supervivencia de las Fuerzas Armadas, con lo cual el juzgamiento del “delito militar o de función” requiere de un juicio ante un tribunal especializado en la materia que al mismo tiempo respete las garantías que deben existir en todo proceso de índole judicial. Por ejemplo, en el juicio “Durand y Ugarte vs. Perú”, como en el proceso “Las Palmeras vs. Colombia”<sup>11</sup>, la “Corte Interamericana de derechos Humanos” afirmó que “en un Estado Democrático de Derecho la jurisdicción penal militar policial ha de tener un alcance restrictivo y excepcional”. Y que “solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”<sup>12</sup>

#### 2.2.3 Imparcialidad e Independencia del “Fuero Militar Policial”.<sup>13</sup>

“La independencia e imparcialidad de los jueces” son atributos que la sociedad desea en los miembros de sus tribunales. La razón, porque los jueces son terceros que resuelven “las diferencias de” dos partes con posiciones generalmente encontradas. Por lo tanto, estas requieren que quien vaya a darles la razón o indicarles que no la tienen lo haga fundamentando su fallo en normas y hechos objetivos y no por estar a favor de la parte contraria.

Dado que es viable que uno de los partícipes de un litigio pueda ser el Estado, la condición de esa imparcialidad se ve reforzada y requiere de la autonomía del poder político. A un ciudadano

---

<sup>8</sup>**Gaceta Constitucional.** Natalia Torres Zúñiga. Sentencia sobre Justicia Militar: Cambio de Línea Jurisprudencial. ¿Varios pasos hacia atrás?. Tomo 25. Enero 2010. Lima. Pp. 53-69.

<sup>9</sup>**Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile**, Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135, párrafo 256

no le sería útil un Poder Judicial controlado por el “*Poder Ejecutivo*” en un juicio contra este último.

“*El principio de independencia*” surge “*con la intención de*” eliminar el poder arbitrario del monarca en la “*resolución de los conflictos*” con sus súbditos. Para lograr este fin son necesarias dos reglas “*en las que este principio reposa: la existencia de normas previas que contuvieran los parámetros para resolver los diferendos y que estas normas fueran utilizadas por jueces independientes que solo se sometieran a estas*”.<sup>14</sup>

Esta independencia tiene dos vertientes. “*La primera es externa, consistente en que las providencias de la autoridad judicial no pueden depender de otras instituciones, de otros poderes públicos. La segunda, interna, implica que la autoridad judicial, entre otros aspectos, no se sujete a las voluntades de órganos administrativos del gobierno que existan al interior de la organización judicial*”.<sup>15</sup>

Por su lado, el “*Principio de Imparcialidad*”, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, tiene dos vertientes:

1. **Imparcialidad subjetiva**, referido a cualquier tipo de obligación “*que pudiera tener el Juez con las partes procesales o en el resultado del proceso*”. El caso de la

“jurisdicción militar” constituye un supuesto excepcional en el que se pueden registrar serias dificultades para la imparcialidad. Así pues: “*El riesgo reside en el grado y en el distintivo militar*”, peligroso según Venditti “*para la formación de la voluntad jurídica*”; puesto que el militar en tanto que

---

<sup>10</sup> STC Exp. Nº 0585-96-HC/TC, f.j.3.b y Nº 1154-2002-HC/TC, f.j.3

<sup>11</sup> **Corte IDH. Caso Las palmeras vs. Colombia**, Sentencia del 6 de Diciembre 2001. Serie C Nº 90, párrafo 51.

<sup>12</sup> **Corte IDH. Caso Durand Ugarte vs. Perú**, Sentencia del 16 de Agosto 2000. Serie C Nº 68, párrafo 117.

integrante “*de una jerarquía, es llevado por su propia naturaleza y forma mentis a ser sensible a las directrices*” superiores. Más allá de los motivos previstos legalmente como potenciales atentados a la imparcialidad del juez, el entorno de la “*justicia militar*” puede arrastrar al juez a resolver las cuestiones con parcialidad por la original situación de juez y parte con que ejerce su función. “*Esta parcialidad se nutre de valores militares*” como la jerarquía, disciplina, obediencia y subordinación, pero especialmente el de unidad.

2. **Imparcialidad objetiva**, referida al influjo negativo que puede tener en el juez la configuración del sistema, restándole legalidad, es decir, si la organización no ofrece adecuadas garantías para suprimir cualquier duda razonable. De este modo, no puede invocarse “*el principio de independencia*” en tanto subsistan vestigios de parcialidad pues según el entero del Tribunal Europeo de “*Derechos Humanos*”, el cual comparte este Colegiado; Un Juzgado no logaría, sin embargo, conformarse con las conclusiones logradas desde una óptica puramente objetiva, hay que tener también en cuenta apreciaciones de carácter funcional y orgánico (“*perspectiva objetiva*”). *En*

*esta materia, inclusive las probabilidades pueden revestir importancia (...) >, debe impugnar todo dictamen del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)”*

16

*“El Estado de derecho” se afianza, en lo que a justicia se refiere, sobre dos pilares fundamentales: “La independencia*

---

<sup>13</sup> **VICTOR A. SACO CHUNG.** Gaceta Jurídica. Inquietudes sobre la imparcialidad e independencia de los jueces militares a partir de la STC Exp. Nº 0001-2009-PI/TC. Tomo 25. Enero 2010. Pp.87-97

<sup>14</sup> **LOVATON PALACIOS, David.** Tribunal Constitucional y reforma de la Justicia Militar. Colección Derecho PUCP. Monografías. Palestra. Lima. 2007. PP. 102-103.

<sup>15</sup> Ibídem. p.112

*del juez y su sometimiento al imperio de la ley” en su exclusiva y única tarea de juzgar y ejecutar el Derecho. Entre la independencia “y el sometimiento” a la ley, opera una interacción “en virtud de la cual” los jueces son independientes por y para “aplicar la ley” al caso concreto, y su independencia se protege y tutela para permitir al juez la aplicación libre y exclusiva “de la ley”. La situación actual de los jueces militares, en todos los niveles, es de sometimiento absoluto al Ejecutivo. Su carrera castrense y su designación como órganos judiciales dependen de las más altas instancias del Ministerio de Defensa.<sup>17</sup>*

#### 2.2.4 “Principio de Jerarquía”, Subordinación y Obediencia

La organización jerárquica y la obligación de sujeción están reconocidos dentro de la “Administración Pública” (art. 28 b. del “Decreto Legislativo” 276) y en otras instituciones jerarquizadas, como el “ministerio público” (art. 5 de la L.O.M.P.). “El “deber de obediencia” será aún mayor en el “fuero militar”, en el que la disciplina y la obediencia constituyen “unos de los pilares de la institución” (delitos que afectan la disciplina, Sección V del C. J. M.), “por lo cual los delitos de desobediencia tienen especial relevancia”.<sup>18</sup>

De igual modo, hay que admitir que, en la Administración, y aún más en las instituciones militares, por su real organización jerárquica, resulta imprescindible la

correspondencia de subordinación para su afectivo funcionamiento. De lo contrario, sin dicha relación jerárquica no podría cumplir adecuadamente sus funciones. Hay que reconocer también que en los organismos militares y similares dicha conexión de subordinación es más fuerte. En este entendimiento, se puede definir, con CEREZO MIR, “*la relación de subordinación*” como aquella “*posición jurídica que ocupan unos*” funcionarios respecto a otros, por imperativo del Derecho administrativo, en cuya virtud nace para unos “*el deber*” de dar cumplimiento a

---

<sup>16</sup> STC- Exp. N° 004-2006-PI/TC.f.j.18. Proceso de Inconstitucionalidad. Fiscalía de la Nación contra el Congreso de la República.

lo que les ordenen en los modos propios de ese derecho y “*para los fines que corresponden*” a aquel sector “*de la Administración pública*”.<sup>19</sup>

Si en el ámbito civil resulta comprensible que quien debe obedecer controle el carácter lícito o ilícito de la orden que recibe, lo es menos en el dominio militar. En éste, la cohesión de la institución, se dice, requeriría una disciplina más estricta, de modo que el subordinado debe confiar en su superior y sentirse amparado en lo que hace por el mandato que obedece, salvo que la orden sea manifiestamente ilícita. Esto supondría que el subordinado sólo podría ser reprimido cuando tuvo conciencia del carácter ilícito del mandato y, por tanto, del comportamiento que ejecutaba en su cumplimiento.

“*Es decir que se aplicaría la teoría del dolo, según la cual actúa dolosamente sólo quien es consciente de que comete un acto contrario al ordenamiento jurídico. El subordinado, en este caso, no es responsable penalmente porque no ha obrado con dolo*”.<sup>20</sup>

## 2.2.5 Diferencia entre la “*naturaleza de la Función Militar y Policial*”

Precisemos que el ahora denominado “**Código Penal Militar Policial**” tiene sus orígenes en el “*Primer Código de Justicia Militar promulgado por Ley del 20 de Diciembre de 1898*” como producto de la resolución del “*Presidente Nicolás de Piérola*” de emprender una reorganización del Ejercito del Perú; es decir esta norma penal militar nació con una concepción de aplicación exclusiva para militares. Así vemos, como, ya en la

---

<sup>17</sup> **José Hurtado Pozo.** La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Fondo Editorial de la Pontifica Universidad católica del Perú. Primera Edición. Lima.p.21.

<sup>18</sup> **Laura Zúñiga Rodríguez.** La Obediencia Debida: Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales. [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080527\\_51.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_51.pdf)

<sup>19</sup> **J. CEREZO MIR,** Problemas fundamentales de Derecho Penal, Barcelona, Edit. Tecnos, 1982, pp.66 “*Constitución promulgada el “18 de Enero de 1920” y firmada por “Augusto Bernardino Leguía Salcedo” (más conocido por los historiadores como Augusto B. Leguía) “Presidente Constitucional de la República”, en su Art. 144º, “señala que la denominada Fuerza Pública se compone solamente del Ejército y de la Armada, excluye a la Policía como organización militar y reconoce tácitamente su naturaleza civil*”<sup>21</sup>.

Esta “*Constitución Política del Estado*” Peruano de 1920, fue compatible con la decisión presidencial de transformar a las fuerzas de policía presentes por ese entonces, al haber emitido el “*07 de Agosto de 1919 el Decreto Ley Nº 1163*” mediante el cual se organiza una gran “*reforma policial*” y entre otros objetivos la creación de la “*primera Escuela Nacional de Policía*” estrenada el “*01 de Noviembre de 1922*”. En esta “*Constitución de 1920*” hay un artículo específico sobre “*la Justicia Militar*” (Artículo 156º) y su ámbito de competencia, estableciendo que “**“La justicia militar no podrá por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el Ejército, a no ser**

*en caso de guerra nacional*”<sup>d</sup>. Sin embargo, este artículo de la “Constitución de 1920” fue modificado por Ley N° 5862 de “22 de setiembre” de 1927 en los siguientes términos: “**Artículo 156.<sup>o</sup>**. — *La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional*”<sup>e</sup>. Constituyéndose la modificación Constitucional en comento (Ley N° 5862 modifica Art. 156<sup>o</sup>), el punto de partida para que se incluya a los integrantes de la policía peruana a la “*jurisdicción del Fuero Militar*”.

<sup>20</sup> José DU PUIT /ZUÑIGA, LA Obediencia Jerárquica en el Derecho Penal Militar Peruano p. 206, s. Sobre el derecho foráneo, cf. MÜLLER, p. 36, 138 y 170; MIR PUIG, p. 432 s; CEREZO MIR, 1982, p. 249; BUSTOS, 1989, p. 256.

<sup>d</sup> Constitución de 1920.- Artículo 156<sup>o</sup>.

<sup>e</sup> Ley 5862 del 22SET1927.- modifica -artículo 156 de la Constitución de 1920.

Posteriormente, la “Constitución Política del Perú” aprobada por “Asamblea Constituyen el 12 de Julio de 1979” admite por vez primera la diferencia entre “Fuerzas Armadas” (Art. 275<sup>o</sup>) y “Fuerzas Policiales” (Art. 277<sup>o</sup>), pero sujetando a esta última a participar junto con las “Fuerzas Armadas” en la “Defensa Nacional”; pero no solamente eso, esta misma Constitución precisa en el artículo 282<sup>o</sup> que: “**Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de delitos de función están sometidos al Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar (...)**<sup>f</sup>”; pero al no haberse legislado sobre definición ni alcances del “*Delito de Función*” para el caso de Policías o Militares, se aplicó el “Código de Justicia Militar” a los elementos de la Policía por analogía; situación que se repite en el Art. 173<sup>o</sup> de la Constitución de 1993 en que solo se cambia la denominación de Fuerzas Policiales por la de Policía Nacional.

Pero con la evolución del Estado, la “*Policía Nacional*” del Perú avanzó hacia su total afirmación jurídica como una Institución armada y ponderada de índole civil y a la

distinción de sus elementos como Profesionales y/o Técnicos de Policía, totalmente acondicionados funcional y estructuralmente a la misión y funciones que le ataña en la especialidad que les confiere la ley. Es así que finalmente la Constitución que nos rige, “*promulgada el 29 de Diciembre de 1993*”, excluye totalmente a la “*Policía Nacional*” de participar en las operaciones de Defensa Nacional de manera conjunta con las “*Fuerzas Armadas*” y reconoce tácitamente la “*naturaleza civil de la organización policial*”. No obstante, los elementos de la “*Policía Nacional del Perú*”, siguen sujetos a la autoridad del ahora denominado “*Fuero Penal Militar Policial*”<sup>1</sup>.

---

<sup>21</sup> **Constitución Política del Perú de 1920.** Art. 144º.- Artículo 144.<sup>º</sup> — La fuerza pública se compone del Ejército y de la Armada y tendrá la organización que designe la ley. .

<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones/Constitucion-1920.pdf>

<sup>f</sup> Constitución de 1979.- Artículo 282.

Los componentes de la “*Policía Nacional del Perú*” no son militares, el orden y la disciplina “*del Policía*” por la particularidad de sus cometidos, son propias de un régimen disciplinario especial, distinto al del “*militar*”; no es lícito que el mismo crimen imputado a los militares, por simple analogía y extensión alcance también “*a los policías*”. Art. 89 CPMP. “*Delito de Lesiones Fuera de Combate*”. - “*El militar o policía, que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno, lesione a un miembro de las fuerzas adversarias, después de que se haya rendido incondicionalmente o se encuentre de cualquier modo fuera de combate, será reprimido (...)*”. Los Policías en estos casos no enfrentan a “*fuerzas adversarias*”, tampoco tienen a personas “*rendidas*” ni “*fuera de combate*”; ¿Cómo la “*ley penal militar*” aplica este ilegal acto a “*un Policía*”? Respuesta: “*Por analogía, es decir, argumentando la semejanza del acontecimiento real con el tipo penal que el artículo 89 CPMP ha previsto en su texto para los militares*”, hoy sagazmente usado en los Policías ya que en el nuevo CPMP a los ilícitos

contenidos se ha agregado el texto “*el militar o policía*”. Sin embargo, la Carta Magna señala: “*la aplicación de la analogía en el Perú está prohibida*”<sup>22</sup>; pero como confiar en un “*Fuero Militar*” cuya arbitrariedad existe protegida por el propio “*Tribunal Constitucional*”, no respeta el “*orden jurídico existente y se rige por sus propios postulados*”<sup>23</sup>.

Son aspectos muy distintos ser un “*militar y ser un policía*”. Porque si bien ambos dependen de institutos cuya presencia es inherente a la existencia del Estado, su profesión - y por ende su educación - se delimita dentro de medidas totalmente distintas, - “*ni mejores ni peores*” -, sólo diferentes. “*El uno es militar*”, se le forma para la guerra y en esa esfera de su función prevalece la aniquilación “*física del enemigo*”, cualesquiera sean las formas empleadas: (proyectil, cuchillo o lanza llamas). El otro “*es civil*”, no tiene “*enemigos*” (sólo adversarios), y se le prepara para la paz. Uno es puño, el otro, escudo. Un policía debe tener el generoso juicio de “*poner la mejilla*”, si en el ejercicio de su labor específica recibe el ataque verbal o física de quienes actúan al límite de la ley, ya sean estudiantes, trabajadores, pandilleros o fanáticos de fútbol agresivos. Esto, que es muy arduo para “*el policía*”, es difícil para el “*militar*” frente al enemigo. El policía reprime y corrige. El “*soldado, el militar*” por lo general, mata para ganar el combate. Para “*el policía*”, el peor delincuente es un poblador que debe ser tutelado, educado e integrado a la colectividad porque ese “*delincuente no es un enemigo sino un enfermo que debe ser puesto en manos de un cuerpo especializado*” (la Justicia civil) “*para que decida su destino último*”: Absuelto, si no hay pruebas, preso si hay motivos para ello.

La “*Policía Nacional del Perú*” no es una institución “*militar*”, es un instituto armado y jerarquizado de origen civil y la protección de la armonía en nuestro país, que reside justamente en que se siga profundizado tal concepción. En

ese sentido no le corresponden, ni los dominios, ni las prácticas ni los “códigos militares”. Es por este motivo la sociedad peruana no evita el relacionar a la policial con el estamento militar. Esto es, refutar los gastos militares o policiales, cuando no la función misma de las “FFAA y de la Policía Nacional”, y paralelamente autorizarlos cuando se aplican “a la Policía” o viceversa como si tuvieran la misma finalidad. Cuando el gran problema de la “Policía es la falta de” equipamiento adecuado, la insuficiencia en la capacitación especializada y la baja remuneración de sus componentes, inmenso servicio que se presta a la “Policía Nacional del Perú” si no obstante todo ello se mantiene encadenada la satisfacción de sus necesidades a los mismos requerimientos por parte de las Fuerzas Armadas.

---

<sup>22</sup>Constitución Política del Perú. Principios de la Función Jurisdiccional. Art. 139º.º “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal (...”).

“La Profesión de Policía forma parte del área de las profesiones jurídicas” no militares. De esto deben estar plenamente persuadidos todos los “Policías”. El establecimiento de un orden en esta “Profesión de Policía” se sustenta en el derecho público, es decir en aquella derivación del derecho que se ejerce por la máxima “de que sólo puede hacerse lo que la ley manda o permite de modo expreso”. La “Profesión de Policía” obliga el acatamiento de deberes, el práctica de derechos, la ejecución de una labor desde un cargo y el sumisión a una jerarquía y disciplina “orgánica de tipo vertical u horizontal según el caso, bajo constante supervisión y control institucional y público”<sup>23</sup>.

2.2.6 Exceptuar a la “Policía Nacional del Perú”, del medio de competencia del “Fuero Militar Policial”<sup>1</sup>.

En su oportunidad “la Comisión para la Reestructuración Integral de las Fuerzas Armadas”, presidida por “el Dr. Roberto Dañino Zapata, Presidente del Consejo de

*Ministros*” en ese entonces, e integrada entre otros por “el General de División EP (r) Francisco Morales Bermúdez”, el Ing. “David Waisman Rjavinsthi” en su condición de Ministro de Defensa y el “Dr. Martín Belaúnde Moreyra”, “Decano del Colegio de Abogados de Lima”, indicaron en “su Informe del 04ENE2002; que era necesario excluir a la Policía Nacional del Perú del ámbito de la Justicia Militar”<sup>23</sup>.

Anteriormente, se había formulado análoga opinión, los componentes de la “Comisión Especial de Reestructuración de la Policía Nacional del Perú”, quienes plantearon en su “informe final de febrero 2002”, un grupo de modificaciones constitucionales, una de las cuales proponía la exclusión de la “Policía Nacional” del “Fuero Privativo Militar”, con la finalidad de afirmar la naturaleza civil de la “organización policial”.

---

<sup>23</sup>**Hugo Müller Solón.** Exposición de Motivos para reconocer la naturaleza civil de la Policía Nacional del Perú. <http://sindicatounicodelapoliciaperuana.blogspot.pe/2008/03/exposicion-de-motivos-para-reconocerla.html>

Variadas opiniones respecto al tema se han escuchado en diversos “foros académicos”, entre ellas la del ilustre investigador y académico peruano el Dr. Christian Donayre Montesinos y el ex “magistrado de la Justicia Militar” el Dr. Hugo Muller Solón; pero ciertamente pareciera que aún falta una comprensión exacta y más detallada del significado de la “Justicia Militar” tanto para las “Fuerzas Armadas” como para la “Policía Nacional del Perú”, por tanto, la necesidad real y necesaria de exceptuar a la PNP de la autoridad del “fuero castrense”, ad portas de emitirse la nueva ley que regirá los destinos de la “Justicia Militar en el Perú”.

Ante la Sentencia del “Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 0023-2003-TC” de fecha 09AGO04”, se ha determinado fundada en “parte la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo” para que se declare *inconstitucional* algunos artículos de la “Ley Orgánica del Fuero Militar y

*Código de Justicia Militar*"; y, "de acuerdo a los alcances de la citada Sentencia", el "Tribunal Constitucional" ha otorgado un plazo de 12 meses para que el "Poder Legislativo" dicte la legislación pertinente para reformar la "Justicia Castrense", la cual "vence indefectiblemente el 30 de Octubre del 2005". Considerando este argumento jurídico emerge la oportunidad de delimitar el entorno de competencia de la "justicia militar" y la posibilidad de apartar a la "Policía Nacional del Perú" de este ámbito jurisdiccional, conforme lo han indicado los "organismos antes mencionados".

"Como sabemos bien, las "Fuerzas Armadas", se encuentran constituidas en el Perú por el "Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea", forman un organismo especializado en cuanto "a su misión, estructura, funcionamiento y forma de vida dentro del Estado". Para el exacto y eficaz funcionamiento de estas, el Estado "le ha establecido una" normativa jurídica propia definida dentro del "Derecho Penal Especial" denominada "Derecho Penal Militar", vasta por la multiplicidad de campos que la vincula, y profunda por el sustento que tiene entre los componentes de los Institutos Armados, pragmatizando así sus cometidos y obligaciones señaladas en un "cuerpo de leyes" llamado "Código de Justicia Militar" y condenando a las personas que cometan "delitos militares a través" de la "Jurisdicción Militar"; esta normativa "jurídica militar" tiene el rol principal que le corresponde en la estructura y funcionamiento exclusivamente de las Fuerzas Armadas.

Por otro lado, creemos que los ilícitos militares tienen sus propias particularidades y factores constitutivos que son dados por el atributo militar del infractor y la "calidad militar del hecho", de igual manera que el "delito puede ser cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra". Es obligación de la

“Justicia Militar” someter a juicio a los militares que cometan algún tipo de delito contemplado en el “Código de Justicia Militar”. Su objetivo es castigar al militar, por causa de las “funciones que ejerce, misión que” desempeña y jerarquía que ocupa en caso de haber infringido en algún delito tipificado en el “Código de Justicia Militar” en armonía con “*las leyes y reglamentos militares*”.

En este sentido, juzgamos que los Delitos de Función están ligados a las conductas ilícitas tipificadas, descritas y penalizadas en el “Código de Justicia Militar”, por hechos que atañen y se dan exclusivamente en el ámbito militar, por tanto no es de aplicación - a nuestro entender - que por extensión analógica se implique dentro de la “*jurisdicción militar*” a los componentes de la “Policía Nacional del Perú” por ser una institución de “*naturaleza civil, no militar*” y con una estructura, “*misión y funciones totalmente diferentes a las del ámbito militar*”. Los “*delitos de función*” imputables a “*los militares*” descritos correctamente en el “Código de Justicia Militar”, no deberían seguir siendo “*aplicadas a los Policías*”, cuyas funciones “*son totalmente diferentes*”. No obstante, el Art. 173º de la Constitución Política del Perú” en vigencia, instituye que en caso de “*Delitos de Función*”, los miembros de las “*Fuerzas Armadas*” y de la “Policía Nacional del Perú” están vinculados al “*Fuero Militar y al Código de Justicia Militar*”.

Es preciso distinguir la sustancial diferencia entre las “*particularidades de la Policía Nacional*” y sus diferencias con “*las Fuerzas Armadas*”. Estas distinciones tienen que ver con las funciones de las dos fuerzas: “*Mientras las militares protegen la integridad de la Nación y el orden constitucional*”, y por ende son “*organizaciones de defensa y guerra*”, la “*Policía tiene la función de proteger al ciudadano*”, de

garantizarle “*el libre ejercicio de sus derechos*”. De lo aludido se colige la ineludible naturaleza “*civil de la Policía*”, distinta por “*tanto a la militar*” y a la guerra. Esta diferencia tiene que manifestarse en conceptos como “*la obediencia debida*” y la sujeción a principios, reglamentos y directivas especiales “*que rigen el desarrollo de los conflictos bélicos*” y el proceder del personal “*militar tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra*”; situación que “*en la Policía*” no puede tener el carácter rígido “*de la militar*”; la “*función policial*” se basa principalmente en el acatamiento de la ley común, es decir de la “*ley de aplicación y observancia para todos los peruanos*” sin excepción.

Por tanto, el juicio de los delitos incurridos “*por el personal de la Policía Nacional*” en “*servicio activo y por razón*” del servicio, debe incumbir a los jueces y a instrucciones ordinarias y no a los “*principios marciales y especializados*” que rigen a las “*Fuerzas Armadas*”. Es decir, la diferencia entre las “*Fuerzas Armadas o Fuerzas Militares*” y la “*Policía*”, radica en el atributo militar de los primeros y la posición de cuerpo civil armado de los segundos. Por naturaleza “*las Fuerzas Armadas*” garantizan la soberanía nacional e “*integridad territorial*” y la “*Policía nacional*” asegura el control y el “*orden interno*”. Es innegable reconocer que el origen de nuestra “*Policía Nacional del Perú*”, estuvo por muchos años coligado al ámbito militar; así la primera “*Constitución Política del Perú*”, consideraba a la entonces “*Guardia de Policía*” como integrante de la “*Fuerza Armada de tierra*” (Art. 165), pero con la modernización del Estado, la “*Policía Nacional del Perú*” ha avanzado en los últimos años hacia su total reconocimiento jurídico como una “*Institución de naturaleza civil*” y al reconocimiento de sus “*integrantes como*” “*Profesionales y Técnicos de Policía*”, plenamente ajustados “*funcional y estructuralmente*” a la misión y funciones que le

compete en la especialidad que les confiere la ley; “*el Policía ha pasado en este contexto*”, a ser considerado un profesional o un técnico de la seguridad según corresponda.

La Profesión de Policía, como extensión de las carreras “jurídicas no militares”, en la medida que el “*contenido sustantivo*” de su objetivo es el de dar eficiencia al derecho, “*clarificando la fuerza de la norma jurídica*”. La categorización de la “*Profesión de Policía*” se basa en el “*derecho público*”, es decir en aquella parte del derecho que se rige por el apotegma de que “*sólo puede hacerse lo que la ley manda o permite de modo expreso*”. Por otra parte, la “*profesión policial*” se integra en los “*servicios públicos*” matrices de la institución y gestión del Estado, por lo que “*su campo de acción y su inserción organizacional escapa a la determinación individual del profesional policial*”, reconociendo las decisiones “*legales y administrativas adoptadas por las autoridades democráticamente instituidas*”. La “*Profesión de Policía*” involucra el acatamiento de obligaciones, el “*ejercicio de derechos*”, la realización de una función desde un cargo y la obediencia a un escalafón y disciplina organizada de tipo vertical u horizontal según el caso, bajo permanente verificación y regulación institucional y pública. De este modo la “*Profesión policial*” está caracterizada por el desempeño de deberes y lo propio de estos y “*que los distingue de los derechos*”, es su atributo irrenunciable, por lo que “*según sea su naturaleza*”, sus observaciones representan obligaciones específicas de “*idoneidad legal - científica - técnica y de formación de ética*”.

Reconocer el atributo civil de la función esencial de la “*Policía Nacional del Perú*” y excluirla de la esfera de autoridad del “*Fuero Militar*”, es consolidar el progreso de desmilitarización de nuestra “*policía*” partiendo del precepto de que las

funciones de “seguridad pública” y “las de defensa y soberanía” son de naturaleza diferente. En el caso del mantenimiento de la “seguridad pública”, la enseñanza nacional e internacional nos señalan rotundamente que dada la relación directa de esta tarea con la población en general, estas deben ser confiadas a un órgano básicamente de “naturaleza civil”, como es el caso del Perú. En este rumbo, la desmilitarización del “cuerpo policial” no puede concebirse como la única declaración para afirmar que la PNP es una organización de naturaleza civil, sino que supone un proceso amplio que involucra la “*interiorización de valores*” que han de manifestarse en las diferencias “*metodológicas y culturales*” al interior de la “*Institución Policial*”. No se trata de que todos los integrantes de la Policial Nacional actual se han transformado en civiles por haberse definido sus diferencias sustanciales con las “*fuerzas militares*”. “*La civilidad es una condición*” que demanda convicciones profundas, es en principio una “*opción de vida*”. Es por ello que estamos de acuerdo en que el desarrollo de “*modernización del Estado*” que se viene dando comprenda también reformas importantes como la de excluir definitivamente “*a la Policía Nacional del Perú*” de la “*jurisdicción militar*”, reconociéndola con actos concretos como una Institución de naturaleza civil, ligada básicamente a los “*gobiernos locales*” y a la comunidad en el “*ejercicio de sus funciones*”.

Los Policias no cometan delitos contemplados en el “*Código de Justicia Militar*”, por lo que no es posible jurídicamente seguir tipificando por analogía y forzando la norma penal para incorporar conductas policiales que son trasgresiones laborales o disciplinarias, y no delitos militares, manteniendo una actitud de sumisión de la “*Policía al fuero militar*”, lo que obviamente niega su condición de “*organización de naturaleza civil*”. Sin duda, la renovación de la “*Justicia Militar*” constituye

un hecho histórico en el Perú; por ello, es conveniente que la Comisión del Congreso o el que tenga el encargo de elaborar la nueva “*Ley de Justicia Militar*” considere la posibilidad de excluir a la “*Policía Nacional del Perú*” del ámbito de la “*jurisdicción militar*” y del “*Código de Justicia Militar*”. Debiendo conocer de las infracciones laborales - disciplinarias policiales en que incurran “*los Policías*” por hechos derivados del “*ejercicio de sus funciones*”, la Inspectoría General y el Tribunal Administrativo Disciplinario de la “*Policía Nacional del Perú*”; y en caso de Delitos, los Magistrados de la justicia común. Sería un hecho de vital importancia, que beneficiaría no solamente a los hombres y mujeres que integran “*la Policía Nacional del Perú*” sino de manera especial y particular a la sociedad, en razón que mejoraría “*notablemente las relaciones ciudadano – policía*” y generaría definitivamente al interior de la PNP un cambio en su cultura organizacional, patrones de conducta, responsabilidades, entre otros factores importantes del cambio. En todo caso el debate queda abierto.

## 2.3 DEFINICIONES CONCEPTUALES

### 2.3.1 DERECHO PENAL MILITAR

Para referirnos a una “*Justicia Penal Militar*” es preciso hablar de un “*Derecho Penal Militar*”, así como para referirnos a la jurisdicción penal ordinaria debe concurrir un Derecho Penal. Veamos seguidamente algunas reseñas que pueden ilustrarnos sobre la esencia y características de este especial Derecho:

- a) Para Cabanellas, “*el Derecho Penal Militar*” es el “*punitivo*” peculiar de la milicia contenido por lo común en el “*Código de Justicia Militar*”. *Está constituido “por las*

*normas y principios que establecen” los delitos por infracción de los “deberes del servicio”, por violar la disciplina del ejército, por desobediencia o rebeldía de las “fuerzas armadas” ante los poderes legítimos del estado y otros inherentes a la “condición militar, con las consiguientes penas, de proverbial” severidad.<sup>24</sup>*

- b) *“Pietro Vico lo expone como aquella parte de la ciencia del “derecho penal” que estudia la violación del orden jurídico “militar y la correspondiente sanción penal”.*<sup>25</sup>
- c) *“Para el profesor Reyes Echandía” el “Derecho Penal Militar” es un “derecho especializado” en cuanto solo se aplica a una determinada categoría de personas: “militares en servicio activo”, o en “situación de reserva o de retiro” en los casos de delitos contra la disciplina de “las Fuerzas Armadas”, militares extranjeros al servicio de las “Fuerzas Armadas” de Colombia, “prisioneros de guerra y espías”, civiles que forman las “Fuerzas Militares”. “Por razones de política criminal el estado ha considerado conveniente someter a una jurisdicción penal especializada al personal de las Fuerzas Armadas en el caso de comisión de ilícitos previa y expresamente señalados en el Código de Justicia Militar”.*<sup>26</sup>

### 2.3.2 FUERO

*“Etimológicamente, la palabra “fuero”, proviene del latín “fórum”, vocablo que significa foro o tribuna”<sup>27</sup>. Con base en sólidas crónicas históricas, “Guillermo Cabanellas hace una extensa relación de la acepción de fuero: El “tribunal a cuya jurisdicción está sometido el reo o demandado”, denominado en este rumbo como “fuero competente”. “El juicio, la jurisdicción y potestad de juzgar”, en cuya dirección se dice*

que tal motivo pertenece “al fuero eclesiástico”, “si corresponde el juicio a la jurisdicción o potestad eclesiástica”, etc.

El “lugar del juicio”, esto es el lugar o sitio en que se hace o “administra justicia”. El “distrito o territorio dentro del cual puede cada juez ejercer su jurisdicción”. Adicionalmente, el fuero tiene otra connotación, que tiene que ver con un “tipo especial de legislación”, entendido como un “conjunto de normas aplicables a determinadas” personas, constituyéndose una “codificación de una serie de instituciones jurídicas” consuetudinarias que se originaron en España, “en particular la denominada legislación foral, la cual se aplicaba a los habitantes de las localidades respectivas”<sup>28</sup>.

### 2.3.3 DELITO DE FUNCIÓN

“De conformidad con el Art. Nº 173 de la Constitución Política del Estado en vigencia, en caso de delito de función, los miembros de “la Fuerza Armada y Policía Nacional” están sometidos al “Fuero respectivo” y al “Código de Justicia Militar”. Sin embargo, no existe en la legislación vigente ni en la misma carta Magna una adecuada

---

<sup>24</sup>**CABANELAS, Guillermo.** Diccionario de Derecho usual. Tomo I. Editorial Arayú. Año 1953.

Pag.655.

<sup>25</sup>**VIECO, Pietro.** Diritto Penale Militare. Milano. 1971. Pág. 4  
precisión enunciativa sobre la definición del denominado “delito de función”.

Cabe señalar que el antecedente “del referido artículo se halla en la Carta de” 1979, concretamente, en la propuesta presentada por la Comisión de “Fuerza Pública” y “Defensa Nacional” de la Asamblea Constituyente de 1978-79, según la cual: Los miembros de la “Fuerza Pública”, en los casos de delitos referidos a su función están sometidos al “Fuero Penal Militar” y al “Código de Justicia Militar”. “Dicha redacción vinculaba los delitos castrenses a las funciones que la

Constitución objetivamente asignaba a las “Fuerzas Armadas”, y al parecer, ese mismo fue el sentido de la expresión “delitos de función”, al momento de la redacción final de la Constitución de 1979<sup>29</sup>.

Algunos autores definen el “delito militar como aquella “acción u omisión” que, de una manera u otra, específicamente, destruya o anule, disminuya o perjudique, en cuanto a su “función de elemento bélico del Estado”, los “elementos del material humano o del material físico del mismo”.<sup>30</sup>

De conformidad con la doctrina y el examen de sus factores constitutivos, se ha definido el “delito de función” como la acción típica, antijurídica, culpable, imputable a un “militar o policía” que cumple o ejerce una “función derivada de los fines” asignados a las “Fuerzas Armadas” y “Policía Nacional”.

En palabras de “Araujo “los delitos de función” sólo pueden ser

---

<sup>26</sup> **REYES E., Alfonso.** Derecho Penal. Parte general. Pub. UEC. 3<sup>a</sup> Edición 1974. Pág. 8. Esta definición del maestro reyes Echandía no es válida hoy en día puesto que, a partir de la Constitución de Colombia 1991, en ningún caso la Justicia Penal Militar puede juzgar civiles (Art. 213º)

<sup>27</sup> **RODRIGUEZ USSA, Francisco.** Estado de Derecho y Jurisdicción Penal Militar. Bogotá. Editorial Compoarte 1980.p.9 y siguientes.

<sup>28</sup> **CABANELAS, Guillermo.** Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires. Editorial Heliasta SRL. 1981. Tomo IV, pp.120.

realizados por “militares en servicio activo”, porque la función significa ejercicio, cumplimiento de objetivos y fines<sup>31</sup>.

La función militar, es un concepto más amplio que el "acto de servicio", por cuanto aquella no sólo se identifica con el quehacer “propio de las “Fuerzas Armadas” o “Policía Nacional” sino que abarca la vida militar del soldado o policía; de modo que los crímenes de función están representados “por todos

los actos” ilícitos que realiza el sujeto activo (“militar o policía”), cuando cumple un servicio, misión o función

enmarcada dentro de los fines constitucionales de la “*Fuerza Armada o Policía Nacional del Perú*”.

Para “*el Tribunal Constitucional, en su Sentencia*” recaída en el “**Exp. Nº 0017-2003-AI/TC**”, el “*delito de función*” se define como “*aquella acción*” tipificada expresamente en la” Ley de la materia”, y que es realizada por un “*militar o policía*” en acto de “*servicio o con ocasión de él*”, y “*respecto de sus funciones profesionales*”. Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un “*bien jurídico*” “*privativo*” de la “*institución a la que pertenece el imputado*”; es decir, que la naturaleza del “*delito de función*” no depende de las circunstancias de hecho, sino del “*carácter de interés institucionalmente vital*”, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un “*efectivo militar o policial en actividad*”<sup>32</sup>.

Dicho bien tiene la peculiaridad de ser esencialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de

---

<sup>29</sup> En el Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución la expresión “delitos referidos a su función” aparece cada vez que se mencionó el artículo en no menos de 11 ocasiones. En el pleno, el artículo se aprobó con la expresión antedicha (Sesión 33º del viernes 1 de junio de 1979). La frase “delitos de función” aparece por primera vez en el proyecto final de la Constitución, presentado en la 38º Sesión del viernes 6 de julio de 1979.

<sup>30</sup> BADARACCO Raúl Augusto, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo VI. Buenos Aires, 1979 pp.441.

los fines institucionales. La tutela recientemente establecida debe encontrarse explícitamente declarada en la ley.

Por su parte la Nueva “*Ley de “organización y Funciones” del “Fuero Militar Policial”* – Ley 29182 señala en su Art.III – Título Preliminar, señala que “**Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el “Código de Justicia Militar Policial” y son imputados, solo**

**y únicamente, a “militares y policías” en “situación de actividad”.**

#### 2.3.4 PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES

El “artículo 139º de la “Constitución Peruana” establece como uno de los “principios propios de la función jurisdiccional” la “independencia en el ejercicio de sus funciones”. Este principio supone un mandato para que en “todos los poderes” públicos, los particulares e, incluso, al interior del propio órgano, se garantice el respeto de “la autonomía del Poder Judicial” en el desarrollo de sus funciones, de modo que sus resoluciones sean ponderados y más aún se “logre mantener esa imagen de imparcialidad” frente a la opinión pública. Esta autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva:

- a) como garantía de la administración de justicia;
- b) como atributo del propio juez. Es en este último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una real independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el juez se

---

<sup>31</sup> ARAUJO CALDERON, Roger. El Delito de Función. En: Revista Peruana de Derecho Militar N° 1, año 1. Instituto Académico de Derecho Militar Lima. 1986. pp27-29.

<sup>32</sup> Exp. N° 0017-2003-AI/TC <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>  
encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución antes que a cualquier fuerza o influencia política.

Pues bien, mientras la protección de la independencia, en términos habituales, alerta al juez de influjos externos, la garantía de la rectitud se vincula a precisiones dentro del proceso, descritas como “la independencia del juez” frente a

las partes y el objeto del proceso mismo. De esta forma, ambas deben ser concebidas como una totalidad, por lo que “no puede alegarse el respeto al principio de independencia” mientras existan condiciones que susciten dudas razonables sobre la parcialidad de los jueces.

En “esa perspectiva, el “Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en “importante jurisprudencia” que resulta pertinente traer a colación, desarrolló la “teoría de las apariencias”, indicando que si bien la imparcialidad personal de un juez se presume a falta de prueba en contrario, también hay que tener en cuenta cuestiones de “carácter funcional y orgánico”, y, en ese sentido, debe comprobarse si la “actuación del juez ofrece garantías suficientes” para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad, “frente a lo cual se observará que, incluso las apariencias, pueden revestir importancia”<sup>33</sup> “(Casos Piersack y De Cubber)”.

### 2.3.5 PRINCIPIO DE INAMOVILIDAD EN EL CARGO

El principio de inamovilidad en el cargo ha sido definido por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que “la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo determina el status jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático. (...) “Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna (...). [Exp. N.º 0023-2003- AI/TC, fundamento 35”<sup>34</sup>. “Una de las garantías consideradas como fundamentales para la concreción e

*institucionalización de esa finalidad cívica y política es la inamovilidad judicial*” que ha sido concebida por algunos autores como un verdadero dogma constitucional por cuanto que sin ella difícilmente podría sostenerse la existencia de una carrera judicial y un Poder Judicial emancipado de influencias políticas y libre de inseguridades de diversa índole que perturban, a veces decisivamente, la labor jurisdiccional<sup>35</sup>.

Puede definirse a la inamovilidad judicial como aquella garantía que tiene por finalidad asegurar la independencia funcional de los Magistrados Judiciales. Textualiza el Magistrado ALSINA que “históricamente, la inamovilidad es una consecuencia de la venalidad de los cargos, como lo es también el carácter hereditario de algunos de ellos en legislaciones extranjeras, porque el principal que los había vendido no podía privar al comprador de su ejercicio sino por causa justificada. Hoy “puede decirse que no es propiamente una garantía para el Juez, sino para los litigantes, pues a estos interesa que el que haya de juzgarlos tenga la fuerza suficiente para resistir” a las solicitudes y amenazas de quienes podrían poner en peligro su estabilidad; ciertamente, que el Juez es quién se beneficia en primer término con su

---

<sup>33</sup> EXP. 2465-2004-AA/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02465-2004-AA.html>

<sup>34</sup> EXP. 00001-2009-PI/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-AI.html>

inamovilidad, pero esa consecuencia necesaria no es la que se ha previsto al sentar el Principio.<sup>36</sup>

### 2.3.6 PRINCIPIO DE JERARQUÍA, SUBORDINACIÓN Y OBEDIENCIA

Sobre el particular, el “Tribunal Constitucional” en la “sentencia

*recaída en el Expediente” 0023-2003-AI/TC, precisó que “(...) el hecho de que los “tribunales militares” sean conformados en su mayoría por “oficiales en actividad”, vulnera los “principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional”, además del principio de separación de poderes, ya que por un lado, quienes integran las diversas instancias de la “jurisdicción militar” son funcionarios de tales institutos castrenses; que están sujetas a los “principios de jerarquía y obediencia” por sus grados lo que los hacen incompatibles para dicha función; ¿cómo los “profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales”, puedan ser al “mismo tiempo independientes e” imparciales? (...). El juzgamiento de tales delitos, y la casualidad de que allí se pronuncien resoluciones judiciales que priven transitoriamente de la libertad, demanda, pues, que este sea realizado por “jueces en los que no exista ninguna duda de sus condiciones de imparcialidad e independencia”, ínsitas a cualquiera que ejerza funciones jurisdiccionales en nombre del pueblo”<sup>37</sup>.*

Sustenta el TC, que no se pretende , en este caso, negar la legítima pretensión de un oficial en actividad a formar parte del quehacer jurisdiccional del Estado, en la particularidad militar, sino más bien de una exigencia según la cual para que un oficial - bogado pueda desempeñarse como “juez militar”, debe

<sup>35</sup> Marcos Riera Hunter. Comentario a la Constitución II. Principio de Inamovilidad Judicial. Pag. 1 <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/constitucional/Marcos-Riera-Hunter-Principio-deInamovilidad.pdf>

<sup>36</sup> Ibídem

desvincularse completamente del servicio “militar”, así como de los derechos y beneficios que posee dentro de la “administración militar o policial”. En efecto, no se podría afirmar que un “juez especializado” en lo “penal militar” es “independiente e imparcial” si existe la “posibilidad de que este reciba”, por ejemplo, beneficios asistenciales de salud,

educación, vivienda y bienestar, por parte de las “Fuerzas Armadas” o la “Policía Nacional” “(como lo dispone la “Cuarta Disposición Complementaria” de la Ley 28665)”, o que se establezcan providencias como la contenida dentro de la Segunda Disposición Transitoria de la aludida Ley: **“Los Oficiales designados temporalmente para desempeñar “funciones en la Jurisdicción Especializada” en Materia “Penal Militar Policial”, pueden presentarse al proceso de ascenso al grado inmediato superior de su respectiva institución y de obtenerlo, deben continuar desempeñando la misma función para la que fueron designados temporalmente”** [resaltado agregado], disposición que es similar en el caso de los fiscales “(Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665)”. Simplemente, estas disposiciones atentan contra la “*independencia e imparcialidad*” de las que debe estar investido todo juez de la República.

Para prevenir tales violaciones a la “*independencia e imparcialidad*”, se exige que todos los jueces, “*independientemente de su especialidad*” (penal, penal militar, civil, comercial, etc.), deban gozar de un estatuto jurídico único que les otorgue similares derechos y obligaciones (remuneraciones, beneficios sociales y asistenciales, entre otros) a los que estén en el mismo nivel y jerarquía.

---

<sup>37</sup> 0004-2006-PI/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>

Esta situación es sustancialmente distinta en el caso de la «jurisdicción militar», que no está orientada hacia la ejecución de los fines antes mencionados, sino más bien a administrar justicia, al igual como todo órgano de naturaleza jurisdiccional, sólo que en un ámbito específico como es el juzgamiento de los delitos de la “*función militar*”.

Entre un Juez penal militar de “*primera instancia*” y un Juez penal militar de segunda instancia no existe subordinación y dependencia, pues ambos se encuentran amparados mediante la garantía institucional de la independencia judicial “(*artículo 146, inciso 1, de la Constitución*)”, pudiendo revisar uno lo decidido por el otro sólo cuando medie un recurso impugnatorio. Por ello, si se entiende que la “*situación de actividad*” implica que el respectivo oficial se encuentre dentro del “*servicio militar*” y este servicio a su vez se encuentra “*regulado en la respectiva normativa*” de la «*administración militar*» que forma parte del Poder Ejecutivo, entonces no existirá “*independencia ni imparcialidad*” de la «*jurisdicción militar*» si los jueces que pertenecen a esta poseen vínculos de dependencia respecto de un poder del Estado como es el Poder Ejecutivo. ¿Qué “*independencia e imparcialidad*” se podría asegurar a los propios “*efectivos militares*” que puedan ser procesados, si los jueces que los van a juzgar son oficiales en actividad y, en cuanto tales, pertenecen a la estructura castrense?” La respuesta es obvia, ninguna.

## 2.4 HIPOTESIS

### 2.4.1 HIPÓTESIS GENERAL

“*La Sentencia del “Tribunal Constitucional” del 04DIC2009 recaída en el Exp. Nº 00001-2009-PI/TC sobre “demanda de inconstitucionalidad” interpuesta contra la Ley Nº 29182 - Ley del “Fuero Militar Policial”*<sup>38</sup>, ha generado que se mantenga hasta la fecha una jurisdicción militar inconstitucional e inaplicable para los integrantes de la “Policía Nacional del Perú”.

### 2.4.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

- a) La Sentencia del “*Tribunal Constitucional*” del 04DIC2009 recaída en el “*Exp. Nº 00001-2009-PI/TC*”<sup>39</sup>, afecta “**los Principios de Independencia e Imparcialidad**” señalados en el Art. 139º de la “*Constitución Política del Perú*”?
- b) La “*Sentencia del Tribunal Constitucional*” del 04DIC2009 recaída en el “*Exp. Nº 00001-2009-PI/TC*”<sup>40</sup>, vulnera el “**Principio de Inamovilidad en el Cargo**”.
- c) La Sentencia del “*Tribunal Constitucional*” del 04DIC2009 recaída en el “*Exp. Nº 00001-2009-PI/TC*”<sup>41</sup>, “**no legitima la existencia de un Ministerio Público Militar**”, toda vez que no se corresponde con el “órgano constitucionalmente” previsto para realizar las funciones requirentes y persecutorias propias del “Ministerio Público”.
- d) La aplicación del “*Fuero Militar Policial*”, constituye una vulneración constitucional al Principio de Inaplicación por “*analogía de la ley penal*” y de las normas que restrinjan derechos en el caso de los integrantes de la “*Policía Nacional del Perú*”.

## 2.5 VARIABLES

### 2.5.1 VARIABLE DEPENDIENTE: (X)

Inconstitucionalidad del Fuero Militar Policial.

### 2.5.2 VARIABLE INDEPENDIENTE: (Y)

Inaplicabilidad en la Policía Nacional.

---

<sup>38</sup> **Exp. Nº 00001-2009-PI/TC** <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-AI.html>

<sup>39</sup> **Exp. Nº 00001-2009-PI/TC** <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-AI.html>

<sup>40</sup> **Exp. Nº 00001-2009-PI/TC** <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-AI.html>

<sup>41</sup> **ídem**

## 2.6 OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	TECNICAS E INSTRUMENTOS
<b>V.D. Inconstitucionalidad del Fuero Militar Policial.</b>	Demandas de Inconstitucionalidad Colegios de Abogados, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público.	Demandas de Inconstitucionalidad de ley de Organización y Funciones del Fuero Militar	<b>Técnica:</b> Análisis documentario  <b>Instrumento:</b> Ficha de Registro de Datos.
		Demandas de Inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar.	<b>Técnica:</b> Entrevista  <b>Instrumento:</b> Cuestionario de Entrevista
	Sentencias del TC	Sentencias del TC declarando inconstitucionales artículos Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar y Código de Justicia Militar.	<b>Técnica:</b> Encuesta  <b>Instrumento:</b> Cuestionario de Encuesta
	STC del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC	Sentencia del TC cambiando totalmente línea jurisprudencial anterior	
<b>V.I. Inaplicabilidad en la Policía Nacional del Perú</b>	Delitos tipificados en el Código Penal Militar	Son aplicados por analogía a los integrantes de la Policía Nacional del Perú.	<b>Técnica:</b> Análisis documentario <b>Instrumento:</b> Ficha de Registro de Datos.  <b>Técnica:</b> Entrevista <b>Instrumento:</b> Cuestionario de Entrevista  <b>Técnica:</b> Encuesta <b>Instrumento:</b> Cuestionario.

## CAPITULO III

### METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

#### 3.1 METODO, TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACION

##### 3.1.1 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El método a utilizarse es el **HIPOTETICO – DEDUCTIVO** al sustentarse en la utilización del razonamiento para la deducción, análisis y síntesis. El estudio abarcará el análisis interpretativo, doctrinario y jurisprudencia que ofrece la literatura jurídica y jurisprudencia afín con el motivo de investigación, complementada con otros saberes culturales, que posean ciertas características comunes tanto en materia histórica como sociológica.

Un investigador propone una hipótesis, consecuencia de sus observaciones o inferencias de datos empíricos, de principios y/o leyes más generales. En el primer caso se llega a la hipótesis utilizando procedimientos inductivos y en el segundo caso mediante procedimientos deductivos. Las inferencias lógico deductivo es la primera vía para arribar a conclusiones particulares a partir de la hipótesis y que después se puedan comprobar experimentalmente.

##### 3.1.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Utilizaremos el tipo de investigación **DESCRIPTIVA – EXPLICATIVA**, para ello hemos seleccionado una sarta de variables con el fin de analizarlas independientemente de las otras, con la intención, precisamente, de describirlas. El énfasis está en el estudio independiente de cada

característica, es posible que de alguna manera se integren las mediciones de

dos o más características con el fin de establecer cómo es o cómo se manifiesta el fenómeno. De conformidad con los objetivos planteados, describiremos las variables y acudiremos a técnicas específicas en la recolección de información, como el análisis documentario, la observación, las entrevistas y los cuestionarios.

Mediante el estudio explicativo pretendemos conducir a un sentido de comprensión o entendimiento del fenómeno jurídico planteado, por tanto, está orientado a la comprobación de hipótesis; esto es, identificación y análisis de las causales (variables independientes) y sus resultados, que se expresan en hechos verificables (variables dependientes).

También haremos uso del tipo de investigación correlacional, con el propósito de intentar medir el grado de relación y la forma cómo interactúan dos o más variables entre sí. En caso de existir correlación entre las variables, se tiene que, cuando una de ellas varía, la otra también soporta alguna forma de cambio a partir de una regularidad que deje anticipar la manera cómo se comportará una por medio de los cambios que sufra la otra. Cuando existe correlación entre variables es posible generar modelos predictivos; lo que significaría en nuestro caso, un esbozo de lo que se podría hacer para encontrar el camino correcto hacia el planteamiento de una Justicia Militar constitucional.

### 3.1.3 NIVEL DE INVESTIGACIÓN

De acuerdo a la naturaleza del estudio de la investigación reúne por su nivel las características de un estudio descriptivo, explicativo y correlacionado.

### 3.1.4 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Para el diseño de la presente Investigación, emplearemos el de una investigación por objetivos.

## 3.2 POBLACION Y MUESTRA

### 3.2.1 POBLACIÓN:

Entendido como la suma de elementos o fenómenos que concuerdan con el ámbito de investigación, está constituido por los Fallos del “Tribunal Constitucional” en los procesos de Habeas Corpus, Amparo e Inconstitucionalidad, alusivos al tema materia de la presente investigación, incluyéndose algunas ejecutorias supremas que ha pronunciado la Corte Superior de Justicia entre los años 2004 a 2009.

### 3.2.2 MUESTRA:

Entendida, como una reducida porción de un todo, ha sido seleccionada tomando en cuenta las Sentencias del Tribunal Constitucional correspondientes al periodo 2004 a 2009.

Nº	SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	MATERIA
01	Exp. N° 0017-2003-AI/TC	Contra la Ley N° 24150 que regula papel de las FFAA en estado de excepción.
02	Exp. N° 0023-2003-AI/TC TC	Contra el Decreto N.º Ley 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar
03	<u>Exp. N° 0012-2006-PI/TC</u>	Contra Decreto Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar Policial.
04	<u>Exp. N° 0004-2006-PI/TC</u>	Contra la Ley N° 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada Penal Militar Policial.
05	Exp N° 0006-2006-PI/TC	Contra Ley N.º 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial
06	Exp. N°00005-2007-PI/TC	Contra la Ley N° 28934, que amplía excepcional y temporalmente vigencia de la Justicia Militar Policial.
07	Exp. N° 00022-2011-PI/TC	Contra el Decreto Legislativo N° 1094 – Código Penal Militar Policial
08	Exp. N° 00001-2009-PI/TC	Contra la Ley N° 29182 Ley del Fuero Militar Policial
09	Exp. N° 8353-2006-HC/TC	Contra la Ley N° 28934 que amplía excepcional y temporalmente la

		vigencia de Justicia Militar Policial.
10	Exp. N° 01605-2006- PHC/TC	Contra Decreto Legislativo 29182 Ley Fuero Militar Policial
11	Exp. N° 05567-2007- PHC/TC	Contra el Decreto Legislativo N° 29182 Ley del Fuero Militar Policial

### 3.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

#### Análisis Documental

Técnica aplicada para el estudio doctrinario y jurídico de diversas obras, ensayos, artículos y otros, relacionados con la materia investigada, así como las Sentencias del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Poder Judicial, existentes.

#### 3.3.1 TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Para analizar los datos recolectados en la encuesta y entrevista aplicada, así como los obtenidos de manera documental mediante el estudio de datos y la aplicación de la matriz de operativización de las variables, se hará uso de herramientas de análisis documentario, estadística descriptiva tales como la elaboración de la media de respuestas del grupo sujeto a entrevista y/o encuesta estudio; así como al análisis sistematizado de la jurisprudencia, determinando el grado de correlación de las variables a analizar, de tal manera de ir contrastando cada una de las hipótesis consideradas en la presente Investigación.

## CAPITULO IV

### RESULTADOS

#### 4.1 PROCESAMIENTO DE DATOS

Para el procesamiento de información y realizar el análisis e interpretación de los resultados obtenidos de acuerdo a las hipótesis planteadas, se procedió al análisis documentado, doctrinario y jurídico de diversas obras, ensayos, artículos y otros, con relación a la materia investigada, así como de las “*Sentencias del Tribunal Constitucional*” y Jurisprudencia del “*Poder Judicial*”, existentes.

Para analizar los datos recolectados en la encuesta y entrevista aplicada, así como los obtenidos de manera documental mediante el análisis de datos y la aplicación de la matriz de operativización de las variables, se hizo uso de herramientas de análisis documentario, estadística descriptiva tales como la obtención de la media de respuestas del grupo sujeto a entrevista y/o encuesta estudio; así como al análisis sistematizado de la jurisprudencia, determinando el grado de correlación de las variables a analizar, de tal manera que se fueron contrastando cada una de las hipótesis consideradas en la presente Investigación.

Para medir la Variable Dependiente: Inconstitucionalidad del “*Fuero Militar Policial*”, se hizo el contraste correspondiente entre las Sentencias expedidas por el “*Tribunal Constitucional*” y la Sentencia última recaída en el Exp. Nº 00001-2009-PI/TC, todas ellas vinculadas al nivel de constitucionalidad del “*Fuero Militar Policial*”.

Para medir la Variable Independiente: Inaplicabilidad en “*la Policía Nacional*”. Se recurrió al análisis constitucional y a la opinión de

personas especializada para medir sus opiniones sobre la variable de estudio, así como la encuesta; y se empleó la media aritmética para determinar el valor característico de los datos cuantitativos logrados a través de las encuestas y entrevistas realizadas.

Para que los instrumentos pudieran tener validez, y confiabilidad se sometió a la opinión de dos expertos, de los cuales uno de ellos es un metodólogo en investigación y el otro fue un especialista en “*Derecho Penal Militar Policial*”.

El elemento de análisis más importante de nuestra investigación ha recaído sin lugar a dudas en las *Sentencias del “Tribunal Constitucional, en particular en la recaída en el Expediente N° 00001-2009-PI/TC”*<sup>41</sup>.

N°	SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	MATERIA
01	Exp. N° 0017-2003-AI/TC	Contra la Ley N° 24150 que regula papel de las FFAA en estado de excepción.
02	Exp. N° 0023-2003-AI/TC TC	Contra el Decreto N.º Ley 23201, “ <i>Ley Orgánica de Justicia Militar</i> ”
03	<u>Exp. N° 0012-2006-PI/TC</u>	Contra Decreto Legislativo N° 961, “ <i>Código de Justicia Militar Policial</i> ”.
04	<u>Exp. N° 0004-2006-PI/TC</u>	Contra la Ley N° 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada “ <i>Penal Militar Policial</i> ”.

05	Exp Nº 0006-2006-PI/TC	Contra Ley N.º 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en “ <i>Materia Penal Militar Policial</i> ”
06	Exp. Nº00005-2007-PI/TC	Contra la Ley N° 28934, que amplía excepcional y temporalmente vigencia de la “ <i>Justicia Militar Policial</i> ”.
07	Exp. Nº 00022-2011-PI/TC	Contra el Decreto Legislativo N° 1094 – “ <i>Código Penal Militar Policial</i> ”
08	<b>Exp. Nº 00001-2009-PI/TC</b>	<b>Contra la Ley N° 29182 “<i>Ley del Fuero Militar Policial</i>”</b>
09	Exp. Nº 8353-2006-HC/TC	Contra la Ley N° 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de “ <i>Justicia Militar Policial</i> ”.
10	Exp. Nº 01605-2006-PHC/TC	Contra Decreto Legislativo 29182 “ <i>Ley Fuero Militar Policial</i> ”
11	Exp. Nº 05567-2007-PHC/TC	Contra el Decreto Legislativo N° 29182 “ <i>Ley del Fuero Militar Policial</i> ”

#### 4.2 CONTRASTACION DE HIPOTESIS

Como Hipótesis General, hemos considerado que la “*Sentencia del Tribunal Constitucional* del 04DIC2009 recaída en el Exp. Nº 00001-2009-PI/TC<sup>42</sup> sobre demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 29182 – “**Ley del Fuero Militar Policial**”, ha generado que se mantenga hasta la fecha una jurisdicción militar inconstitucional e inaplicable para los integrantes de la “Policía Nacional del Perú”.

De ella hemos deducido las siguientes hipótesis específicas:

- a) La “*Sentencia del Tribunal Constitucional*” del 04DIC2009 recaída en el Exp. Nº 00001-2009-PI/TC<sup>42</sup>, afecta “**los Principios de Independencia e Imparcialidad**” señalados en el Art. 139º de la “*Constitución Política del Perú*”?
- b) La *Sentencia del “Tribunal Constitucional”* del 04DIC2009 recaída en el Exp. Nº 00001-2009-PI/TC<sup>43</sup>, vulnera el “**Principio de Inamovilidad en el Cargo**”.
- c) La “*Sentencia del Tribunal Constitucional*” del 04DIC2009 recaída en el Exp. Nº 00001-2009-PI/TC<sup>42</sup>, “**no legitima la existencia de un Ministerio Público Militar**”, toda vez que no se corresponde con el órgano constitucionalmente previsto para realizar las funciones requirentes y persecutorias propias del Ministerio Público.
- d) La aplicación del “*Fuero Militar Policial*”, constituye una “**vulneración constitucional al Principio de Inaplicación por analogía de la ley penal**” y de las normas que restrinjan derechos en el caso de los integrantes de la Policía Nacional del Perú.

El análisis realizado para el contraste de las citadas hipótesis específicas, es a través de una Tabla de Contingencia donde en cada casilla figura el número de Expediente en el cual el TC declaró como inconstitucional uno de los factores analizados en cada una de las hipótesis específicas, en otro nivel el respaldo constitucional del mismo y finalmente la decisión última del TC de declarar constitucional

<sup>42</sup> Exp. Nº 00001-2009-PI/TC <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-AI.html>

lo que anteriormente ya lo había señalado como inconstitucional.

Antes de entrar a los temas de fondo de nuestra Investigación, corresponde analizar concisamente el contexto en que tiene lugar este nuevo dictamen, así como las respuestas que el Colegiado ha venido dando sobre el tema de la “*Jurisdicción Militar Policial*”. Ello es así porque el Tribunal, luego de estudiar detenidamente las reformas legislativas producidas a la fecha, la polémica suscitada en torno al tema por parte de los distintos sectores sociales y la consolidación propia de las “*Fuerzas Armadas*”, consideró que había llegado el momento de hacer evolucionar la “*jurisprudencia constitucional*” referente al tema, a efectos de lograr una esencial protección y mejora de las garantías institucionales involucradas, y con ello “*los derechos constitucionales*” que “*pudieran verse afectados*”.

Agregó, el TC, que “*la decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia*” en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del *civil law*, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del *common law*. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique<sup>43</sup>.

En este sentido, - agregó – “*la técnica del overruling*” (Principio por el cual de modo expreso se “*deja sin efecto*” un antecedente “*vinculante, y se le sustituye por uno nuevo*”. El caso en que se quiebra un precedente vinculante y se le reemplaza por uno nuevo, en virtud de la misma facultad de establecimiento de los precedentes vinculantes”), permite trocar un precedente en su “núcleo normativo” aplicando el nuevo criterio al que llegue el juzgador en la materia.

<sup>43</sup>STC N.º 3361-2004-AA/TC, fundamentos 4 al 8; STC N.º 01412-2007-PA/TC, fundamentos 15 al 22

En consecuencia, el Colegiado notifica que, en lo sucesivo y conforme a lo que se establezca en el fallo de su sentencia, los criterios tomados en este caso deberán acatarse por todos los operadores jurídicos, “*en atención a la propia fuerza jurídica de las sentencias recaídas en las causas de inconstitucionalidad (artículo 204º de la Constitución”*).

**En el caso de la Hipótesis General:** “*La Sentencia del Tribunal Constitucional” del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC*<sup>42</sup> sobre demanda de “*inconstitucionalidad*” interpuesta contra la Ley N° 29182 - Ley del “Fuero Militar Policial”, ha generado que se mantenga hasta ahora una jurisdicción militar inconstitucional e inaplicable para los “componentes de la Policía Nacional del Perú”. Y habiéndose analizado la Variable Dependiente: “*Inconstitucionalidad del Fuero Militar Policial, y de la información procesada; se puede evidenciar que como consecuencia de la Sentencia recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC*”<sup>42</sup>, el “*Tribunal Constitucional*” cambió radicalmente su jurisprudencia anterior señalada en los siguientes casos: “*STC N° 0017-2003-AI (16 de marzo de 2004), STC N° 0023-2003-AI (09 de junio de 2004), STC N° 0004-2006-AI (17 de abril de 2006), STC N° 0006-2006-PI (13 de junio de 2006), STC N° 0012-2006-AI (15 de diciembre de 2006), STC N° 8353-2006-HC (09 de abril de 2007), STC N° 00005-2007-PI (26 de agosto de 2008), STC N° 01605-2006-PHC (30 de junio de 2008) y STC N° 01524-2007-PHC (09 de diciembre de 2008); en todas ellas reconocía que el Fuero Militar Policial”* era inconstitucional, por cuanto su organización no se adecuaba al contexto constitucional.

Sus fundamentos jurídicos esgrimidos, conforme lo detallamos en las Tablas de Contingencia, marcaron una nueva interpretación a través de la figura del precedente que “*posee el llamado overruling, según el cual se desarrolla jurisprudencia emitiendo un nuevo*

*precedente que anula al anterior*”. Empero, no se tiene conocimiento si todos los compendios jurídicos esgrimidos ya fueron satisfechos o superados por el “*Fuero Militar Policial*”; lo real es que este Fuero Privativo sigue desarrollándose de la misma forma en que lo hacía cuando el mismo TC declaró que era inconstitucional. Incluso, la teoría del Derecho indica: “que al tratarse de una ley” no sólo la “norma posterior anula a anterior”, sino que además la “especificidad prevalece sobre la generalidad”.

“La sentencia emitida por el “*Pleno Jurisdiccional del Tribunal*” Expediente Nº 00001-2009-PI/TC<sup>42</sup> a través de sus fundamentos jurídicos (48 y siguientes) permitió y permite hasta ahora, que sean oficiales jurídicos, en actividad como en retiro, quienes desempeñen las tareas de magistratura y fiscalía militar policial, mas no así abogados civiles. Por ser “*fuero privativo*”, es el Poder Ejecutivo el que sigue siendo el designado para efectuar los nombramientos y las remociones, por lo que podemos afirmar que existe a la fecha una contravención de normas o velos de una presunta corrupción e injerencia política.

Por otro lado, explorando el funcionamiento en las otras instancias que conforman el “*Fuero Militar Policial*” del Perú encontramos que aún no se ha podido superar el cuestionamiento que hiciera el “*Tribunal Constitucional*” en el fundamento 36 de la sentencia 0023-2003 AI-TC: “*Esta garantía “de inamovilidad de los jueces” es continuamente citada en el ámbito de la “jurisdicción militar”, dado que la “realidad militar no permite su eficaz” cumplimiento, pues por la propia naturaleza de las funciones de los miembros del servicio activo –que hacen de jueces-, resultan susceptibles de rotación, y no necesariamente para seguir desempeñando las mismas funciones jurisdiccionales*”

Como sabemos, cada año por las causales de ascenso o necesidad del servicio las “*Fuerzas Armadas*” y la “*Policía Nacional*” llevan a

cabo la política de rotación o destaque de los oficiales de armas y además de los de servicio incluidos los jurídicos, ratificando excepcionalmente al efectivo en su puesto. Con ello, la inversión en capacitación judicial que ha tomado varios meses de preparación realizada por el “*Fuero Militar Policial*” a través del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar Policial deja de tener efecto, pues el “*Oficial Jurídico termina*” por ser transferido por su comando, asignándole una labor administrativa generalmente.

Planteamientos como los expresados por el jurista César Landa Arroyo en su voto singular de “*la Sentencia*” 0001-2009 PI/TC, fundamentos 29 y siguientes, “expresaba la necesidad” de un “*Estatuto Jurídico Básico Militar*” donde además de contemplar el aspecto de ratificación y remoción se involucre el de carácter remunerativo, otorgando al juez o “*fiscal militar*” los mismos derechos y “*obligaciones que sus similares del fuero común*”. Con lo cual se prevería la vulneración al ejercicio de su independencia y autonomía.

Ello permitiría ir allanando uno de los retos de este fuero constitucionalizado, juntando en los hechos su práctica con las nuevas tendencias doctrinarias y procedimentales que se entrelazan con la seguridad y validez de los Derechos Humanos. Pues su alejamiento pondría en cuestionamiento su actuación y en una coyuntura política futura incluso su desaparición; sin embargo, eso no existe.

La Sentencia 0001-2009 PI/TC, constitucionalizó de esa manera el “*Fuero Militar Policial*”, otorgándole plena vigencia a la **Ley № 29182, “Ley de organización y funciones del fuero militar policial”**, en artículos que ya habían sido declarados inconstitucionales por el “*Tribunal Constitucional*”.

Evidentemente, con dicha decisión, el “*Tribunal Constitucional*”, retrocedió de manera injustificada en su jurisprudencia, considerando ahora constitucional lo que antes consideró inconstitucional sobre la “*justicia militar*”; según sentencia en el “**Expediente N° 00001-2009-PI/TC, publicada el 25 de diciembre del 2009**”<sup>42</sup>.

Inmediatamente después, se aprobaron los **Decretos Legislativos** Nros. 1094 1095, 1096 y 1097 con los cuales, además se configuró un halo de arbitrariedad a favor del “*personal militar*” que incurra en graves violaciones de derechos humanos en zonas declaradas en estado de emergencia o en el marco de conflictos sociales. Todos estos decretos fueron promulgados en septiembre de 2010 en uso de la delegación de facultades legislativas que aprobó el Parlamento, tal como se detalla:

- a) **Decreto Legislativo 1094** es un nuevo “*Código Penal Militar Policial*”.
- b) **Decreto Legislativo 1095** es la *Ley de “uso de la fuerza por parte de personal militar”*.
- c) **Decreto Legislativo 1096** confirma el diseño orgánico de la “*Justicia Militar policial ya establecido por la Ley N° 29182*” y constitucionalizado por la “*sentencia del TC de diciembre del 2009*”.

Este halo de arbitrariedad posibilita que:

- 1) Los **manifestantes** pueden ser registrados por el personal militar como «**grupo hostil**» en virtud de la “*amplia definición contenida en el artículo 4.f) del decreto legislativo 1095*”.
- 2) En estas **labores de orden interno** y en el marco “*del decreto legislativo 1095*”, el personal militar puede incurrir en «**conductas ilícitas**» (categoría mucho más vasta e

imprecisa que «*delito de función*») que serán de competencia del fuero militar, de “*conformidad con el artículo 27º del decreto legislativo 1095*”.

- 3) El “*Fuero Militar Policial*”, es ejercido por **jueces y fiscales** que a la vez son, **oficiales en situación de actividad** y que, por ende, no gozan de imparcialidad ni independencia exigida por el artículo 8.1º de la Convención americana.
- 4) El “*Fuero Militar*” Policial no es independiente ni imparcial. Ahora aplica un “*Código Penal Militar Policial*”, el “*Decreto Legislativo 1094*, ha “*reintroducido 15 delitos comunes*” que ya habían sido expulsados por “*sentencia del TC*” del 15 de diciembre del 2006 (Exp. 0012-2006-PI/TC) y, además, ha introducido 8 delitos comunes, lo cual perjudica de sobremanera a los componentes de la “*Policía Nacional del Perú*”, quienes por razón de la naturaleza de sus funciones son los que se encuentran más expuestos que los militares a verse implicados en este tipo de conductas, las que se encuentran justamente normalizadas en el “*Código Penal ordinario*”.

De esta manera, el nuevo “*Código Penal Militar Policial*” considera ficticiamente como “*Delito de Función*” la devastación (Art. 81) el saqueo, apropiación y destrucción (Art. 82) la confiscación (Art. 83), la exacción (Art. 85), las contribuciones ilegales (Art. 86), confinación ilegal (Art.90), “*colaboración con organización*” ilegal, etc., en que puedan incurrir personal “*militar o policial*” en zonas declaradas en emergencia; hechos en los cuales no se afecta bienes jurídicos de las FFAA o de la PNP, sino particulares.

Si al perpetrar estos delitos y se causara la muerte de civiles, el Código en comento tan solo lo considera como un «*agravante*», conforme lo establece el “*inciso 17 del Art. 33 del Código Penal Militar Policial*”.

Por otro lado y respecto a la inaplicabilidad del “*Fuero Militar Policial*” a los integrantes de la “*Policía Nacional del Perú*”, conforme lo demostramos al detalle en la Tabla de Contingencia N° 04, ha quedado debidamente demostrado que el “*Fuero Militar Policial*” en la forma como ha sido diseñado no es aplicable a los componentes de la “*Policía Nacional del Perú*”, en razón que se configura en todos los casos, un mismo tipo de delito aplicable por igual a “*militares y policías*”, sin considerar que la función militar es totalmente distinta a la función policial, y la naturaleza de ambas está debidamente detallada en la “*Constitución Política del Perú*”. Contrastamos nuestras hipótesis específicas; mediante Tablas de Contingencia de la manera siguiente:

## TABLA DE CONTINGENCIA N° 01

<p>a) La Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, <u>afecta los Principios de Independencia e Imparcialidad</u> señalados en el Art. 139º de la Constitución Política del Perú</p>		
ANTES		DESPUES
Criterios Jurídicos señalados por el TC en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC	Respaldo constitucional de los criterios jurídicos del TC Exp. N° 0023-2003-AI/TC	Criterio jurídico señalado por el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC
Artículo III Título Preliminar de LOJM, extremo que establece que Justicia Militar: “(...) en ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, sino de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía”. Es inconstitucional  Igualmente Artículo 15º de mencionada ley, que establece que Tribunales Permanentes se encuentran jerárquicamente subordinados al Consejo Supremo de Justicia Militar, es inconstitucional.	TC: “Ningún órgano estatal está autorizado para funcionar desvinculado de la Norma Suprema, toda vez que las denominadas “garantías judiciales”, (...) no sólo son de aplicación en sede del Poder Judicial, sino también en cualquier otro ámbito en el que se ejerza, formal o materialmente, funciones de naturaleza jurisdiccional, como es el caso de los órganos que integran la jurisdicción militar. Inciso 2º del Artículo 139º de la Constitución.}	2.h) El artículo VI del Título Preliminar de la Ley establece que la relación entre el grado militar y la función jurisdiccional, en ningún caso y bajo ninguna forma implica dependencia o subordinación para el ejercicio de la función.  26. El Congreso de la República, al emitir Ley N° 29182 delimita independencia y autonomía; sus competencias y vinculación a los principios y garantías de la función jurisdiccional Mil. Pol. El Tribunal Constitucional considera que esta regulación es compatible con la Constitución así como con su propia jurisprudencia.
Los Artículos 23º, 31º y 32º del Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, sobre nombramiento de Magistrados por el Poder Ejecutivo, son inconstitucionales por contravenir el principio de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional.		51. (...) no atenta per se contra el principio de independencia judicial el hecho de que los jueces sean nombrados por órganos políticos.  77. (...) los jueces militares peruanos no están subordinados a los superiores en grado.  93. (...) Constitución no le atribuye al CNM atribución de nombrar, ratificar y destituir respecto de los jueces y fiscales del Fuero Militar Policial.

## TABLA DE CONTINGENCIA N° 02

<p><b>b) La Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, vulnera el Principio de Inamovilidad en el Cargo.</b></p>		
ANTES		DESPUES
<p><b>Criterios Jurídicos señalados por el TC en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC</b></p>	<p><b>Respaldo constitucional de los criterios jurídicos del TC Exp. N° 0023-2003-AI/TC</b></p>	<p><b>Criterio jurídico señalado por el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC</b></p>
<p>35. (...)” la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo determina el status jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático”. (...) Con ello, “se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia” política. 36. Esta garantía es “constantemente invocada en el ámbito de la jurisdicción militar, dado que la realidad militar no permite su eficaz cumplimiento, pues, por la propia naturaleza de las funciones de los miembros del servicio activo –que hacen a la vez de jueces–, resultan susceptibles de rotación, y no necesariamente para seguir desempeñando las mismas funciones jurisdiccionales”.</p>	<p><b>TC:</b> En virtud de lo expresado en los Fundamentos Nos 35, 36 y 37 de esta sentencia, el Tribunal no comparte el criterio sostenido por los demandados. Sí entiende, en cambio, que la inamovilidad de los jueces es una garantía que fortalece su independencia e imparcialidad, y que, en cuanto tal inamovilidad, se “ha configurado en forma semejante al régimen jurídico al cual se encuentran sometidos los profesionales de las armas, por lo que resulta inconstitucional”.</p> <p>En consecuencia, “el artículo 23º de la LOJM es inconstitucional por vulnerar el principio de inamovilidad de los jueces”.</p>	<p>58. En este sentido, la inamovilidad en el cargo no descarta que un juez sea cambiado de colocación por razones justificadas. Por ello, el supuesto de cambio de “colocación de vocales, jueces y fiscales del FMP” no entraña un vicio de inconstitucionalidad, en la medida que se entienda que dicho cambio se efectúa sólo a solicitud del interesado, <u>salvo las necesidades del servicio</u>, lo que debe interpretarse restrictivamente de manera que el “servicio” a que se hace mención corresponde sólo al relativo a la función jurisdiccional y, “las necesidades” solo deben de estar enmarcadas en los regímenes de excepción y en las zonas geográficas involucradas en él. Señalar lo contrario, esto es, hablar de una necesidad de índole militar y/o policial, constituiría un grave error.</p> <p>59. Por tanto, no resulta admisible constitucionalmente que el cambio de colocación por “necesidad del servicio” sea injustificado o que responda a situaciones</p>

		<p>distintas a las señaladas. En caso que el Tribunal Constitucional verifique que tal situación se ha producido, en un proceso sometido a su conocimiento, adoptará las medidas correctivas pertinentes.</p> <p>60. En el tema referido al mal uso que se pudiera hacer del artículo 39º de la Ley N.º 29182, esto no es motivo suficiente para la declaración de inconstitucionalidad de la norma, pues —como se ha señalado en anterior jurisprudencia— <i>“el mal uso que se dé a una norma jurídica, no convierte a la misma en inconstitucional, sino antes bien, a quienes la tuerzan o envilezcan en reos de abuso de autoridad y lesa constitución.”</i> [Fundamento 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el “Expediente N.º 0005-99-AI/TC, emitida el 19 de marzo de 2001”].</p> <p>.</p>
--	--	---

### TABLA DE CONTINGENCIA N° 03

<p>c) La Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, no legitima la existencia de un Ministerio Público Militar, toda vez que no se corresponde con el órgano constitucionalmente previsto para realizar las funciones requerentes y persecutorias propias del Ministerio Público.</p>		
ANTES		DESPUES
<p><b>Criterios Jurídicos “señalados por el TC en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC”</b></p>	<p><b>Respaldo constitucional de los criterios jurídicos del “TC Exp. N° 0023-2003-AI/TC”</b></p>	<p><b>Criterio jurídico señalado por el “TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC”</b></p>
<p>76. Dado que “está constitucionalmente vedado tal proceder, el Tribunal considera que es <i>inconstitucional</i> el organismo denominado “Ministerio Público” creado por el Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, ya que tal contraviene la autonomía del Ministerio Público consagrada por el artículo 158º y siguientes de la Constitución. En consecuencia, es <i>inconstitucional</i>, en su integridad, el Capítulo III del Decreto Ley N.º 23201, así como todo extremo de esta ley y del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar, en los casos que prevean la actuación de los “fiscales” de la jurisdicción militar”.</p>	<p><b>TC:</b> 73. “El artículo 158º de la Constitución consagra la autonomía del Ministerio Público, estableciendo, en el artículo 159º, sus atribuciones (...), 74. A diferencia de lo que sucede con la función jurisdiccional, cuyo ejercicio se ha encomendado a diversos órganos [la “ordinaria” al Poder Judicial, la “constitucional” a este Tribunal, etc], la Constitución no ha previsto un tratamiento semejante para el Ministerio Público. Las atribuciones constitucionalmente conferidas a este órgano constitucional, por tanto, no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, toda vez que no existe norma constitucional que habilite un supuesto de excepción”.</p>	<p>103. Al respecto este Colegiado observa que la Norma Fundamental no prevé excepción alguna a favor de una Fiscalía anexa al FMP. No obstante, considera que a diferencia del artículo 139º de la Constitución, que establece en forma expresa la “unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”, no existe artículo constitucional que consagre la exclusividad de la función fiscal a favor del Ministerio Público, por lo que es comprensible que la Norma Fundamental no haya dispuesto una excepción a favor del FMP en lo referido a la función fiscal. 105. (...) “Dado que la Constitución no establece la exclusividad de la función fiscal a favor del Ministerio Público, el legislador está facultado para incluir un órgano fiscal dentro del FMP, a efectos de que ejercite la acción penal en el caso de los delitos de función, más aún cuando ello no está prohibido por la Norma” Suprema. 110. En consecuencia, no resulta <i>inconstitucional</i> la previsión del precitado órgano, por lo que es infundada la</p>

		impugnación de los artículos 21º, 22º, 23º, 24º, 25º y 30º de la Ley N.º 29182.
--	--	---

## TABLA DE CONTINGENCIA N° 04

<p><b>d) La Sentencia del Tribunal Constitucional del 15DIC2006 recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC, constituye una vulneración constitucional al Principio de Inaplicación “por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos en el caso de los integrantes de la Policía Nacional del Perú”.</b></p>		
<b>ANTES</b>		<b>DESPUES</b>
<b>Criterios Jurídicos señalados por el TC en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC</b>	<b>Respaldo constitucional de los criterios jurídicos del TC Exp. N° 0012-2006-PI/TC</b>	<b>Criterio jurídico señalado por el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC</b>
<p>112. En el caso de los artículos 68º, 70º (incisos 1 y 4), 90º, 91º, 92º, 93º, 95º, 96º, 97º, 98º, 99º, 100º, 101º, 102º, 103º, 134º, 139º (incisos 1 y 2), 140º, 141º (incisos 1 y 2), 142º, 143º, 144º, 147º y 149º, entre otros, del Código de Justicia Militar, que son declarados inconstitucionales por afectar el artículo 173º de la Constitución, por no constituir delitos de función, y teniendo en cuenta los efectos nulificantes de la presente sentencia, y como consecuencia, el archivo de los respectivos procesos penales ante la jurisdicción militar (...)</p> <p>113. En el caso los artículos 115º, 116º, 117º, 125º y 148º del Código de Justicia Militar Policial declarados inconstitucionales por no superar el principio de proporcionalidad y cuyos bienes jurídicos de relevancia constitucional podrían ser protegidos por mecanismos tales como los que prevé el Derecho Disciplinario, entre otros, y teniendo en cuenta los efectos nulificantes de la presente sentencia, que ocasionará el archivo de los respectivos procesos penales ante la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional debe “exhortar al Congreso de la República para que en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y dentro de un plazo razonable, pueda establecer aquellas medidas legislativas que</p>	<p>38. A lo antes expuesto, deben agregarse las siguientes precisiones:</p> <p>a) Teniendo “en cuenta que el Poder Constituyente ha circunscrito al Código de Justicia Militar únicamente la consagración de aquellas normas penales que contengan los delitos de función, la interpretación de la expresión «delito de función» debe realizarse de modo «restrictivo» y no «extensivo». En efecto, en la interpretación que realicen tanto el Legislador Penal como los jueces sobre si una determinada conducta debe ser considerada como un delito de función militar o policial, o un delito ordinario, debe emplearse un criterio restrictivo, es decir, limitado o ceñido exclusivamente a aquellas conductas que claramente tengan una índole militar o policial debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, de modo tal que, de un lado, de existir dudas en cuanto a la tipificación de una determinada conducta como delito de función (en el caso del Legislador Penal),</p>	<p><b>§2. ANÁLISIS MATERIAL DEL CONTENIDO DE LA LEY N.º 29182</b></p> <p>8. (...) “el Tribunal, luego de analizar detenidamente los cambios legislativos producidos a la fecha, el debate suscitado en torno al tema por parte de los distintos actores sociales y el afianzamiento propio de las Fuerzas Armadas, considera que ha llegado el momento de hacer evolucionar la jurisprudencia constitucional en torno al tema, a efectos de lograr una mayor protección y desarrollo de las garantías institucionales involucradas, y con ello los derechos constitucionales que pudieran verse afectados”.</p> <p>9. La “decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del civil law, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del common law. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique [STC N.º 3361-2004-AA/TC, fundamentos 4 al 8; STC N.º 01412-2007-PA/TC, fundamentos 15 al 22]”.</p>

<p><i>estipulen sanciones disciplinarias u otras que tengan por finalidad cautelar tanto los bienes jurídicos que pretendían ser protegidos por" las antes mencionadas disposiciones declaradas inconstitucionales, como aquellos otros bienes jurídicos que estime pertinentes, debiendo tenerse en consideración, además, que el artículo 2°, inciso 24, apartado "b" establece que "(...) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley".</i></p>	<p><i>tales dudas debe resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria; y, de otro lado, de existir dudas en cuanto a la interpretación de si una determinada conducta constituye o no delito de función (en el caso del juzgador), tales dudas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario y por lo tanto susceptible de ser conocido por la jurisdicción ordinaria".</i></p>
---	--

## CAPITULO V

### DISCUSIÓN Y RESULTADOS

#### 5.1 DISCUSIÓN

En términos generales la presente investigación ha tratado básicamente sobre el modo en el que el Tribunal Constitucional resolvió la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el *"Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del "Fuero Militar Policial"* que dio lugar a la conformación del **Expediente N° 023-2003-AI/TC**. Se alegaba que la Ley N° 29182 representaba una vulneración de los principios de independencia e imparcialidad en la función jurisdiccional en la medida en que estipulaba que los jueces que integraban los *"tribunales militares"* sean a su vez oficiales en actividad. Asimismo, se argumentaba que dicha norma contravenía la Constitución al establecer *"un régimen de nombramiento de jueces y fiscales en el ámbito de la "justicia militar policial" distinto al previsto por la Constitución, la cual encarga estas funciones al "Consejo*

*Nacional de la Magistratura*" (artículos 150º y 154º inciso 1). - Decisión del TC.-

El Tribunal Constitucional, declaró infundada la demanda en la mayoría de sus extremos, aduciendo que la condición de oficial en actividad no era incompatible con la asunción de labores jurisdiccionales al *interior de un “tribunal militar” ya que, a criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello no suponía una vulneración de los principios de independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional*". Se justificó este cambio jurisprudencial señalando que se había producido un cambio en el contexto histórico, social y político y que la lectura de la Constitución debía adecuarse a tales cambios. - Cuestionamientos.

De otro lado también se expidió la Sentencia recaída en el **Exp. N° 0012-2006-PI/TC** del 06 de Diciembre del 2006, mediante la cual algunos artículos del Código de Justicia Militar Policial declarados inconstitucionales por no superar el principio de proporcionalidad y cuyos bienes jurídicos de relevancia constitucional podrían ser protegidos por mecanismos tales como los que prevé el *“Derecho Disciplinario, entre otros, fueron incorporados nuevamente en el “Código Penal Militar Policial”; no obstante que de acuerdo a las mismas recomendaciones del propio “Tribunal Constitucional” se exhortó al Congreso de la República para que en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y dentro de un plazo razonable, pudieran establecer aquellas medidas legislativas que estipulen sanciones disciplinarias u otras que tengan por finalidad cautelar tanto los bienes jurídicos que pretendían ser protegidos por las”* antes mencionadas disposiciones declaradas inconstitucionales;

no obstante posteriormente cambio el criterio constitucional y los delitos declarados inconstitucionales, volvieron a ser incorporados.

La regulación normativa del “*Código Penal Militar Policial*”, conforme lo hemos visto en los referentes bibliográficos, entre ellos la Tesis de Patrón Sánchez, Mario Ernesto – 2010, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – México, rebasa los límites y alcances que el texto constitucional establece para la existencia del fuero militar. Básicamente desnaturaliza el concepto de fuero material al permitir que delitos del orden común sean considerados como delitos contra la disciplina militar por el simple hecho de ser cometidos por militares al momento de estar en servicio. De esta manera es el carácter de militar del sujeto activo del delito, lo que reputa que una conducta delictiva sea calificada contra la disciplina militar y no el bien jurídico tutelado. Esto para el caso de la “Policía Nacional” significa una analogía o una interpretación extensiva, por cuantos los ilícitos militares son totalmente distintos a la naturaleza de la función policial, sin embargo, se aplica por igual a militares y policías.

En el trabajo de campo realizado y en contrastación con los referentes bibliográfico, encontramos similar coincidencia, en particular lo relacionado con la intromisión del “Fuero Militar Policial” frente a la comisión de un delito común de competencia del “Fuero Común”, y donde el “Fuero Militar Policial” apertura proceso penal por los mismos hechos considerando el tipo penal de Desobediencia para poder comprenderlo en su ámbito jurisdiccional, argumentando al respecto que el Fuero Militar Policial no investiga los hechos, sino el hecho en

particular que corresponde al ámbito militar, en esos casos imputando el delito de Desobediencia. El 100% de los encuestados demostró su disconformidad con dicho procedimiento; igualmente un significativo número de encuestados (80%) expresaron su conformidad con que la Policía Nacional no debe estar bajo la “jurisdicción Militar Policial”, lo cual ha sido una propuesta que se ha hecho conocer desde inicios del presente siglo por iniciativa de diferentes comisiones conforme lo hemos detallado en los referentes bibliográficos.

## RESULTADO DE LA ENCUESTA

PREGUNTA	SI	NO	%
¿Considera que actualmente el Fuero Militar Policial se desarrolla dentro del orden constitucional vigente?	24	26	52%
¿Esta Ud. de acuerdo en que los Jueces y Fiscales del Fuero Militar Policial, sean nombrados por el mismo Fuero Militar Policial y Poder Ejecutivo?	39	11	78%
¿Estaría Ud. de acuerdo en que los Jueces y Fiscales del Fuero Militar Policial, no sean nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura?	39	11	78%
¿Esta Ud. de acuerdo en que los militares y policías sean investigados por un Ministerio Público Policial que no se corresponde con el órgano constitucionalmente previsto para realizar estas funciones?	30	20	40%
¿Esta Ud. de acuerdo que militares y policías sean investigados y juzgados por Jueces y Fiscales que son Oficiales en situación de actividad que no garantizan la imparcialidad e independencia de la función jurisdiccional?	10	40	80%
¿Esta Ud. de acuerdo que militares y policías sean investigados y juzgados por Jueces y Fiscales a quienes no les alcanza el Principio de Inamovilidad en el Cargo de los Magistrados, por cuanto en cualquier instancia del proceso pueden ser removidos	20	30	60%

en el cargo por diferentes causales?			
¿Ud. considera que la naturaleza de la función militar es igual a la naturaleza de la función policial?	15	35	70%
¿Está Ud. de acuerdo que los policías sean investigados y juzgados por Jueces y Fiscales son procesados en el Fuero Militar Policial como si fueran militares aplicándose por igual el mismo tipo penal que para los militares?	08	42	84%
¿Está Ud. de acuerdo que frente a la comisión de un delito común de competencia del Fuero Común, el Fuero Militar Policial apertura proceso penal por los mismos hechos considerando el tipo penal de Desobediencia para poder comprenderlo en su ámbito jurisdiccional?	00	50	100%
¿Ud. considera que los principios, valores, doctrina y fundamentos filosóficos y legales del deber militar es igual a los del deber policial?	22	28	56%
¿Está Ud. de acuerdo en que la Policía Nacional no debe estar bajo la jurisdicción del Fuero Militar Policial como regla general?	40	10	80%
<b>TOTAL</b>	240	236	---

Igualmente es significativo el resultado que dan los encuestados en el que un 84% considera que el tipo militar es totalmente diferente a la tipología policial, en razón que la naturaleza de la función militar es diferente a la naturaleza de la función policial, por tanto, los tipos penales de unos no son aplicables a los otros.

Retomando la propuesta de la Sentencia recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC; concordamos que esta sentencia supone un cambio radical del “Tribunal Constitucional” en lo que atañe a una línea jurisprudencial mantenida desde el año 2004 y a lo largo de por lo menos nueve sentencias, incluyendo procesos de inconstitucionalidad y hábeas corpus, en virtud de la cual se propugnaba la adecuación de los tribunales militares a estándares de independencia e imparcialidad en el

ejercicio de la función jurisdiccional. Nos referimos a los siguientes casos: STC Nº 0017-2003-AI (16 de marzo de 2004), STC Nº 0023-2003-AI (09 de junio de 2004), STC Nº 0004-2006-AI (17 de abril de 2006), STC Nº 0006-2006-PI (13 de junio de 2006), STC Nº 0012- 2006-AI (15 de diciembre de 2006), STC Nº 8353-2006-HC (09 de abril de 2007), STC Nº 00005-2007-PI (26 de agosto de 2008), STC Nº 01605-2006-PHC (30 de junio de 2008) y STC Nº 01524-2007-PHC (09 de diciembre de 2008).

De manera injustificada y, en base a citas sesgadas de “*jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Tribunal Constitucional*” cambia de criterio en razón a los estándares constitucionales de la justicia militar y se convalida lo que antes era considerado inconstitucional (que los oficiales en actividad pueden ejercer la actividad jurisdiccional, que el Poder Ejecutivo puede designar a los jueces militares, que a nivel de la justicia militar puedan existir un Ministerio Público paralelo, etc.), vulnerando a su vez los estándares en “*materia de independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional estatuidos por el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos*”. Queda claro que esta sentencia responde a motivos políticos o de otra naturaleza, antes que jurídicos.

En ese contexto, si bien el “Fuero Militar Policial” es entendido como una prerrogativa al ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial, ello no importa que la jurisdicción militar pierda su naturaleza jurisdiccional y, por ello, esté desvinculada de los principios que rigen tal función. Debe tenerse en cuenta dos aspectos de vital importancia: primero, que, al ser una excepción en la Norma Fundamental, su interpretación debe realizarse de modo restrictivo y no extensivo; segundo, que el

legislador al organizar la jurisdicción militar no puede desconocer los principios propios de la administración de justicia. De modo que la “jurisdicción militar” debe tener iguales o mayores garantías que las ofrecidas por la jurisdicción ordinaria, para el juzgamiento o procesamiento de efectivos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, en actividad, única y exclusivamente por los “delitos de función” cometidos con ocasión del servicio.

Es así, conforme lo establecemos en la presente investigación, resulta siendo un hecho que en el Perú, la “*Justicia Militar*”, ahora denominada “*Fuero Militar Policial*”, es una Justicia Militar inconstitucional porque así lo declaró en varias Sentencias el Tribunal Constitucional, pero luego constitucionalizada con apoyo del propio Tribunal Constitucional variando totalmente su jurisprudencia anterior, del Congreso de la República y del propio Presidente del Perú que avaló su “*Ley de Organización y Funciones*” el año 2010; es así que ahora tenemos un Fuero Militar Policial encargado de investigar y juzgar por “*Delitos de Función*” a los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, actuando bajo los mismos preceptos por los cuales el Tribunal Constitucional antes de modificar su jurisprudencia consideró que eran inconstitucionales.

## 5.2 RESULTADOS

A) Contrastando el producto de nuestra investigación, con el trabajo de campo, análisis documentarios, jurisprudencia y opiniones de los especialistas; podemos afirmar que militares y policías siguen siendo juzgados al incurrir en Delitos de Función por una

instancia jurisdiccional independiente y autónoma frente al Poder Judicial denominada Fuero Militar Policial, en donde:

1. Fiscales y jueces son nombrados a propuesta del mismo “*Fuero Militar Policial*” por el Poder Ejecutivo y no después de riguroso examen conforme al mandato constitucional por el “*Consejo Nacional de la Magistratura*”, es decir no se garantiza la idoneidad, conocimiento, profesionalismo, capacidad, criterio ni objetividad de Jueces ni Fiscales;
2. Militares y policías vienen siendo investigados por un Ministerio Público Militar Policial que no se corresponde con el órgano constitucionalmente previsto para realizar las funciones postulatorias y persecutorias propias del Ministerio Público, autónomo, totalmente desvinculado de la Fiscalía de la Nación y sin reconocimiento constitucional, con sus Fiscales nombrados por la propia Fiscalía Suprema Militar Policial y no por el Consejo Nacional de la Magistratura;
3. Militares y policías vienen siendo procesados y juzgados por Jueces y Fiscales en situación de actividad con rango militar en sus diferentes niveles, y que se encuentran sometidos al régimen laboral establecido en sus respectivas instituciones militar o policial, por lo tanto que no le garantizan el cumplimiento de importantes Principios como son los de Parcialidad e Independencia de la función jurisdiccional; es decir vulnerándose su derecho de ser juzgado por magistrados independientes que

tomen sus decisiones basado solamente en el caso, sin riesgo por razón del grado o cargo de estar influido por consideraciones particulares relativas a las partes que no resulten relevantes para el asunto concreto, y libre de consideraciones relacionadas con su propio interés o con intereses de la persona o personas vinculadas con su nombramiento al interior del propio Fuero Militar Policial;

4. Militares y policías, son objetos de investigación y juzgamiento por Jueces y Fiscales a quienes no les alcanza el Principio de Inamovilidad en el Cargo de los Magistrados, por cuanto en cualquier etapa del proceso pueden ser depuestos del cargo por diferentes causales, como son por ascenso ya que su Ley Orgánica establece el rango militar que le corresponde al nivel jurisdiccional respectivo, por decisión del “Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial” cuyo Jefe es nombrado por el Poder Ejecutivo, por no ser ratificados por el mismo “Tribunal Supremo Militar Policial” cada cinco (5) años, o por razones justificadas del servicio jurisdiccional o fiscal. La independencia de cualquier magistrado infiere que se cumpla con un eficaz y adecuado proceso de nombramiento, un tiempo establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.

Pero los más perjudicados siguen siendo los Policías; ellos siguen siendo perseguidos, involucrados y sometidos arbitrariamente por una Justicia Militar para quien al parecer la observancia del debido proceso no es importante, porque el “Principio de Legalidad” que constituye una garantía constitucional de los Derechos

Fundamentales de los ciudadanos, consagrado por la “*Constitución Política del Perú*” en su “*artículo 2°, inciso 24, literal d*), con el siguiente tenor: *Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*”, no es respetado por este fuero jurisdiccional especial. “*El Principio de Legalidad*” en materia sancionadora prohíbe que se atribuya la comisión de un Delito si este no está preliminarmente determinado en la ley, y también impide que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley.

B) Este Principio de Legalidad es el que sigue siendo incumplido en contra de los integrantes de la Policía Nacional del Perú, se hace presente cuando:

1) En primer lugar, la aplicación del “*Fuero Militar Policial*”, constituye una vulneración constitucional al Principio de Inaplicación por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos en el caso de los integrantes de la Policía Nacional del Perú, toda vez que se aplica un mismo tipo penal contemplado en el Código Penal Militar Policial, por igual a policías y militares, sin considerar que la naturaleza de la función policial es totalmente diferente a la naturaleza de la función militar.

En otros casos estos mismos tipos penales, se aplican por interpretación extensiva de la ley penal, bajo el supuesto negado que “*Delito de Función*” es igual para policías y militares, contraviniendo el

Art. 173° de la Constitución Política del Perú, que señala que; **“En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar (---)”**.

El Titulo VIII de la “Ley de organización y funciones del Fuero Militar” tergiversa el texto del Artículo 173° de la Constitución Política del Perú, al señalar que de conformidad con el Artículo 173° de la Constitución Política del Perú, **“los militares y policías son sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar Policial, siempre y cuando incurran en infracción, durante el ejercicio de la función militar o policial”**. (...).

Sin embargo, al tergiversar el texto original del mandato constitucional, está reconociendo la diferencia entre delito de función militar y policial; no obstante ello y estando al contenido del “Código Penal Militar Policial”, se inobserva esta diferencia sustancial del “delito de función” y se equipara por igual el delito de función cometido tanto por militares como por policías.

- 2) De manera irregular y desconociéndose por completo que la naturaleza de la “*función militar*” es totalmente opuesta a la naturaleza de la “*función policial*”, son procesados en el “*Fuero Militar Policial*” como si fueran militares aplicándose por igual el mismo tipo penal para ambos, pero bajo criterios de razonamiento analógico o interpretación extensiva que quedan a juicio del Fiscal “*encargado de la investigación, vulnerándose sus derechos a un Debido Proceso, por cuanto el Principio de Inaplicabilidad por*

*Analogía de la Ley penal*" es un mandato constitucional vigente en la Constitución peruana de 1993.

- 3) Cuando incurren en un delito plasmado en el Código Penal, son investigados como corresponde en vía del proceso común por el Fiscal del Ministerio Público asignado al caso; sin embargo la "Justicia Militar", haciendo escarnio del mismo, lo comprende inmediatamente en su fuero por Delito de Desobediencia (Art. 117 CJMP) tergiversando totalmente el concepto de "Delito de Función" al realizar una indebida interpretación extensiva del mismo con tal de tener al efectivo policial bajo su jurisdicción. El Delito de Función tiene como uno de sus tres requisitos: "*Que se cometa el delito en acto de servicio o con ocasión de él*". El Delito de Desobediencia se plasma cuando se excluye intencionalmente las condiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las "*Fuerzas Armadas o la Policía Nacional*". Ningún acto ilícito contrario a la función constitucional asignada a la Policía Nacional o establecida en su Ley Orgánica, pueden tener relación alguna con "*acto del servicio o con ocasión de él*"; en este caso la competencia del "*Fuero Militar Policial*" no es legal. De esta manera el Policía sufrirá una condena de ser el caso, por el fuero ordinario por el hecho que se le imputa; y, una segunda condena en el "*Fuero Militar Policial*" por el supuesto ilícito de Desobediencia. Doble pena por un mismo hecho desdoblado en dos supuestos, el que involucra al condenado con el

fuero ordinario, y el que lo involucra con el fuero privativo.

- 4) Cuando al producirse un determinado hecho de trascendencia social o política, la “Justicia Militar” *“no toma en cuenta que el Principio de Legalidad la obliga a una tipificación precisa y exhaustiva de los hechos que se consideran punibles. Los comportamientos que no están descritos en la ley penal militar de manera concreta y precisa, no están en el mundo de lo punible”*. Los fiscales y jueces están obligados a reconocer aquello que fue establecida por la norma como delito, y no establecer lo que a su juicio estimen conveniente aplicar, tan solo para someter a los miembros de la Policía Nacional del Perú, bajo su jurisdicción. No obstante, en la práctica así lo hacen, iniciando proceso de investigación contra quienes estuvieron al mando del Operativo, comprendiéndolos por extensión interpretativa o analógica, dentro de los alcances de los Delitos de Violación al Deber Militar Policial, específicamente en el *“Art. 127º Omisión de Cumplimiento del Deber en Función Operativa: El militar o el policía que omita el estricto cumplimiento de sus deberes en función operativa, en relación al personal a su mando directo, siempre que atenten contra el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”*.
- 5) **“¿Es que, para la Justicia Militar Policial, el deber policial es igual al deber militar?”**<sup>44</sup> La Justicia Militar no toma en cuenta que los policías peruanos no son formados bajo los principios y

valores de la Doctrina Militar, sino de la Doctrina Policial (RD Nº 008-2007-DIRGEN/DIRPASEC del 10ENE2007), es decir bajo los principios, valores, “*fundamentos filosóficos y legales del Derecho Policial, directamente vinculado a la defensa de los derechos humanos, la ley, el orden y la seguridad*”. La Justicia Militar no tiene presente que lo policías peruanos se rigen constitucionalmente por el mandato constitucional señalado en el Art. 168 y sus funciones se regulan en concordancia con la normatividad establecida en la Ley. Una de estas normas es el “*Manual de Derechos Humanos*” aplicados a la Función Policial aprobado por RM Nº 1452-2006-IN del 31MAY2006 (publicado en el Diario Oficial El Peruano el 12JUN2006), que permite emplear la persuasión con el objetivo de convencer a los infractores de la ley a fin de asegurar la vida e integridad de las personas y solucionar con éxito la crisis; “*también conocida como negociación en la Cartilla para el Personal Policial que participa en operaciones de mantenimiento y restablecimiento del Orden Público, editada por el MININTER y PNP*”.

El Delito de Omisión de Cumplimiento del Deber en Función Operativa (Art. 137 del CJMP), se configura cuando “*el sujeto activo (militar o policía) incumple sus obligaciones y sus deberes en función operativa, que son las obligaciones que le importa su situación dentro de la vida castrense, entendidos como la subordinación, obediencia, valor, lealtad, abnegación y el sacrificio...*”. Podemos apreciar claramente, que el Supremo Tribunal Militar Policial, procura comparar por igual en esta Sentencia, la

situación operativa del Militar y del Policía frente a hechos que no corresponden a una situación de guerra o de circunstancias rígidas, propias de la vida militar, sino que están referidos a circunstancias totalmente diferenciadas dentro del avance cotidiano del trabajo policial en ejercicio de sus funciones vinculadas al control del Orden Público y sus relaciones con la comunidad. Para el Supremo Tribunal Militar Policial el delito imputado al General Jordán, tiene como Bien Jurídico tutelado *“el estricto cumplimiento del deber militar policial, pilar fundamental de la disciplina que es la columna vertebral de las FFAA y PNP”*.

*“Si bien militares y policías pertenecen a institutos cuya existencia son inherentes a la existencia del Estado, su función y deberes se encuadra dentro de parámetros totalmente distintos, - ni mejores ni peores -, sólo distintos”*. El uno es militar, se le forma para la guerra y en esta esfera de su función prevalece la represión o eliminación física del enemigo, cualesquiera sean los métodos empleados: (proyectil, bayoneta o lanzallamas). *“El otro es civil, no tiene “enemigos” (sólo adversarios), y se le educa para la paz. El uno es puño, el otro, escudo”*. Un policía ha tener el generoso sentido de *“poner la mejilla”*, cuando en el desempeño de su labor específica recibe el ataque verbal o físico de quienes actúan al margen de la ley, ya sean estudiantes, trabajadores, pandilleros o hinchas de fútbol exaltados. Esto, que es muy difícil pero comprensible para el policía, es imposible para el militar frente al enemigo, inclusive podría ser considerado como un cobarde (Art. 110 CJMP).

El policía detiene amonestando. El soldado, el militar en general, tiene que eliminar al enemigo para ganar el combate. *“Para el policía, aun el peor delincuente es un ciudadano que debe ser preservado, educado y devuelto a la sociedad porque ese delincuente no es un enemigo sino un enfermo que debe ser puesto en manos de un cuerpo especializado (la Justicia civil) para que decida su destino último: Libertad, si no hay pruebas”*, prisión si hay méritos para ello. La Policía Nacional del Perú no es una Institución de naturaleza militar, la garantía de la estabilidad interna en nuestro país reside en que se siga ahondando la concepción de su naturaleza civil. Por ende, no le deben comprender, ni los fueros, ni las costumbres ni los códigos militares.

Para el caso de un Oficial de la Policía Nacional del Perú que se encuentra al mando de personal policial encargado de cumplir una determinada misión, se debe entender que el procedimiento que deberá seguir en el lugar donde deba ejecutar la misión encomendada obedece a dos preceptos: El de la Obediencia, que se concreta en el deber de acatamiento frente a los mandatos de la orden recibida; y, el Precepto de Legalidad, que obliga a quien se encuentra al mando, a que su actuación se ciña de acuerdo a las circunstancias y bajo los parámetros de legalidad y respeto por los Derechos Humanos. Un antecedente de suma importancia lo constituye el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos por el ejército alemán al finalizar la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal

Militar más conocido como el Tribunal de Núremberg, debía determinar si la responsabilidad por los crímenes ejecutados por los jerarcas nazis, se desvanecía ante la jerarquía y orden recibidas de parte de la organización. La solución fue consagrada en el Art. 8º del estatuto, en los siguientes términos: *“El hecho de que el acusado haya obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no le eximirá de responsabilidad (...)”*.

El Oficial de Policía que comanda un operativo, de ninguna manera puede cumplir con la misión encomendada, basado en el deber absoluto de obediencia, lo cual significaría que debe cumplir una orden sin detenerse a cavilar sobre su contenido, conveniencia, incluso sobre su legalidad; por el contrario, lo que procede en el lugar de los hechos es analizar la naturaleza del mandato, las posibilidades de su ejecución exitosa, el costo social previsible y el modo de encontrar otras formas menos gravosas de solucionar el hecho que motiva su intervención.

El hecho de que los componentes de la Policía Nacional del Perú pertenezcan a una Institución armada, jerarquizada y organizada bajo supuestos disciplinarios de un régimen militar, no supone la pérdida de capacidad reflexiva o la negación de sus principios y convicciones como así parece entenderlo la Jurisdicción Militar. Pretender hacer efectivo el cumplimiento de toda clase de órdenes sin ningún tipo de diferenciación, como sucede realmente en la Justicia Militar, es un absurdo total:

Se recibe una pena por respetar la Constitución y las leyes.

C) En las circunstancias actuales, un Oficial de Policía que comanda un operativo que finalice eventualmente bajo un escenario y costo social no previsto, es imputado inmediatamente como responsable de lo acontecido, involucrándolo en el Fuero Militar Policial bajo el tipo penal del Art. 127° “Omisión de Cumplimiento del Deber en Función Operativa, Desobediencia y otros”. Si quien comanda es consciente que la ejecución del mandato se puede traducir en una violación de un derecho fundamental, en la comisión de un delito, en riesgo inminente a la integridad física del personal que comanda, en el fracaso mismo de la operación, pero a pesar de ello sabe que debe velar por la guarda y supremacía del Principio de Autoridad y de ser el caso por la supremacía de la Constitución, y no hace nada por

---

<sup>44</sup> Müller Solón, Enrique Hugo - Derecho Penal Militar Peruano – Teoría y Práctica

Editorial Sevillano. Año 2004. Trujillo. Perú

evitarlo y lo realiza, se hará responsable del fracaso del operativo, costo social y delitos derivados de su ejecución, inmediatamente procesado en el Fuero Militar Policial.

Si, quien comanda y bajo las circunstancias anteriormente descritas, decide evitar las graves secuelas de la acción policial y adopta otras medidas menos gravosas, pero que no logran cumplir con el objetivo de la misión, será igualmente procesado por el Fuero Militar Policial por el fracaso del operativo y

por la desobediencia a las órdenes recibidas. (Casos del Puente Montalvo y Bagua). Estos son algunos de los horrores de la constitucionalizada Justicia Militar en el Perú.

Por los fundamentos anteriores y de acuerdo al trabajo de campo realizado, análisis documental y bibliográfico resulta evidente que, para los integrantes de la Policía Nacional, el Fuero Militar Policial en las circunstancias actual, resulta inaplicable.

La Justicia Militar en el Perú fue creada oficial y únicamente para militares no para policías; es así que la Constitución de 1867 en su art. 121º y 2da Disposición Transitoria, en materia de «jurisdicción de Guerra» (Título II) y «competencia jurisdiccional» (Título III), estableció lo siguiente:

1. Que, como regla general, la jurisdicción de guerra se ejerce tanto por razón del delito y del lugar en que el delito se comete, cuanto por razón de guerra.
2. Que por razón del delito ***la jurisdicción de guerra conoce de las causas contra los militares —por el hecho de ser tales—***, por cualquiera de los delitos comprendidos en las leyes penales del Ejercito. Asimismo, comprendió a los civiles en diez rubros de delitos específicos, así como por otros delitos que por ley especial se le atribuya. Entre ellos se encuentran los delitos de: traición; deserción; rebelión, sedición o motín militar; insulto a centinelas y fuerza armada del Ejército; espionaje; incendio, robo, hurto, estafa de

caudales, material de guerra, armas, pertrechos, municiones y demás efectos pertenecientes a la hacienda militar; falsificación de marcos y sellos usados en las oficinas militares o de documentos que deban expedirse por las dependencias de guerra; adulteración de provisiones de boca destinadas al suministro de tropas; salteamiento, destrucción de hilos telegráficos, ataque a conductores de valijas postales o robo de éstas, incendio, secuestro de personas, siempre que el delincuente pertenezca a banda cuyo número no baje de tres.

La aplicación militar del fuero castrense, se ratifica en el Art. 156º de la Constitución de 1920 en donde se señala: ***“La justicia militar no podrá por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el Ejército, a no ser en caso de guerra nacional”***<sup>45</sup>. Sin embargo, este artículo de la Constitución de 1920 fue modificado por Ley N° 5862 de 22 de setiembre de 1927 en los siguientes términos: ***“Artículo 156º. La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional.”***<sup>47</sup>” Siendo a partir de la citada modificación de la Constitución Política del Perú de 1920, que se somete a los integrantes de la policía peruana a la jurisdicción del Fuero Militar.

---

<sup>45</sup> Constitución Política del Perú de 1920

<sup>47</sup> Ley N° 5862 de 22 de setiembre de 1927

## CONCLUSIONES

1. Como conclusión general, ha quedado demostrado que el Tribunal Constitucional con la Sentencia recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC\*, ha constitucionalizado una organización jurisdiccional privativa denominada “Fuero Militar Policial”, avalando y declarando como constitucional lo que, con su jurisprudencia anterior, ya había declarado inconstitucional, aplicando la técnica del overruling (Principio mediante el cual de modo expreso se deja sin efecto un

precedente vinculante, y se le sustituye por uno nuevo. El caso en que se quiebra un precedente vinculante y se le reemplaza por uno nuevo, en virtud de la misma facultad de establecimiento de los precedentes vinculantes). En el presente caso el Tribunal Constitucional no sustituye por uno nuevo sus anteriores precedentes vinculantes, sino que retrocede en su decisión anterior, declarando que “(...) la decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual (...): la necesidad que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique.” [Exp. N.<sup>o</sup> 3361-2004-AA/TC, fundamento 4).

1. Ha quedado demostrado, que la Sentencia del Tribunal Constitucional<sup>48</sup> del 04DIC2009 recaída en el Exp. N<sup>o</sup> 00001-2009-PI/TC, afecta los Principios de Independencia e Imparcialidad señalados en el Art. 139<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú, por cuanto a la fecha el nombramiento de los Jueces y Fiscales del Fuero Militar Policial, se sigue haciendo por parte del Poder Ejecutivo y no del Consejo Nacional de la Magistratura como constitucionalmente le correspondería; pero además sus integrantes siguen siendo Oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en servicio activo, es decir sujetos al régimen y disciplina de mando militar, lo cual no garantiza la imparcialidad de sus funciones.

<sup>48</sup> [www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-AI.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-AI.html)

2. La Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el Exp. N<sup>o</sup> 00001-2009-PI/TC, lesiona el Principio de Inamovilidad en el Cargo, en razón que, hasta la fecha, los magistrados no tienen respaldo de inamovilidad, pudiendo ser removidos del cargo por razón de ascenso, por decisión del mismo Tribunal Supremo Militar Policial al no ser ratificado o por necesidad del servicio, conforme esta

normado en la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

3. La Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, no legitima la presencia de un Ministerio Público Militar, toda vez que no se corresponde con el órgano constitucionalmente previsto para realizar las funciones requirentes y persecutorias propias del Ministerio Público.
4. La aplicación del Fuero Militar Policial, constituye una vulneración constitucional al Principio de Inaplicación por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos en el caso de los integrantes de la Policía Nacional del Perú, toda vez que se aplica un mismo tipo penal contemplado en el Código Penal Militar Policial, por igual a policías y militares, sin tener en cuenta que la naturaleza y objeto de la función policial es totalmente diferente a la naturaleza de la función militar. En otros casos estos mismos tipos penales, se aplican por interpretación extensiva de la normatividad penal.

## RECOMENDACIONES

1. Modificar la Ley N° 29182 – “*Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y el Decreto Legislativo 1096; de acuerdo a los siguientes criterios*”:

- a) Los “*jueces y fiscales militares policiales*” no deben ostentar, simultáneamente, la posición de oficiales en situación de actividad y magistrados,
  - b) Los “*jueces y fiscales militares policiales*” deben ser designados y confirmados por el “*Consejo Nacional de la Magistratura*” (CNM), y
  - c) Los “*fiscales militares policiales*” deben integrarse orgánicamente a la estructura del Ministerio Público, como fiscales penales militares.
2. Considerar inaplicable para la Policía Nacional del Perú su sometimiento al Fuero Militar Policial por considerarse una institución armada, jerarquizada, pero de naturaleza civil y no militar, por tanto, de valores, principios, doctrina, filosofía, costumbres y procedimientos diferentes al estamento militar.
3. En su caso, como recomendación alternativa, modificar el Decreto Legislativo N° 1094 – Código Penal Militar Policial, con el objeto de incorporar en su Libro Segundo – Parte Especial un primer Título referido a los Delitos de Función Militar y un Segundo Título referido a Delitos de Función Policial, reconociendo de esta manera, que los Delitos de Función inherentes a militares y policías son totalmente diferentes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. **Araujo Calderón, Roger.**  
El Delito de Función.

En: Revista Peruana de Derecho Militar N° 1, año 1. Instituto Académico de Derecho Militar Lima. 1986.

**2. Badaracco, Raúl Augusto,**

Enciclopedia Jurídica OMEBA,  
Tomo VI. Buenos Aires, 1979

**3. Cabanellas, Guillermo.**

Diccionario de Derecho usual.  
Tomo I. Editorial Arayú. Año 1953.

**4. Cerezo Mir J.**

Problemas fundamentales de Derecho Penal,  
Barcelona, Edit. Tecnos, 1982.

**5. Constitución Política del Perú**

Juristas Editores EIRL. Año 2013. Lima. Perú

**6 Hurtado Pozo José.**

La Reforma del Derecho Penal Militar.  
Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.  
Primera Edición. Lima.

**7. Ley del Fuero Militar Policial**

Ley N° 29182

**8. Lovatón Palacios, David.**

Tribunal Constitucional y Reforma de la Justicia Militar.  
Colección Derecho PUCP. Monografías. Palestra. Lima.

**9. Mesa Angosto, Carlos Enrique**

Constitucionalidad del Fuero Militar Policial: Análisis de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el CAL contra la Ley N° 29182

Gaceta Constitucional. Tomo 25. Imprenta Editorial El Búho. Lima. Perú.  
2010.

**10. Müller Solón, Enrique Hugo**

Análisis y Comentario a la Sentencia de Inconstitucionalidad referida a la Ley N° 29182 – Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial

Gaceta Constitucional. Tomo 25. Imprenta Editorial El Búho. Lima. Perú.  
2010.

**11. Müller Solón, Enrique Hugo**

Derecho Penal Militar Peruano – Teoría y Práctica  
Editorial Sevillano. Año 2004. Trujillo. Perú

**12. Nuevo Código Penal Militar Policial**

Decreto Legislativo N° 1094

**13. Reyes E., Alfonso.**

Derecho Penal.  
Parte general. Pub. UEC. 3<sup>a</sup> Edición 1974

**14. Rodríguez Ussa, Francisco.**

Derecho Penal Militar.  
Teoría General. Primera Parte.  
Publicaciones Jurídicas FRU. Bogotá. 1987

**15. Saco Chung, Víctor A..**

Gaceta Jurídica.  
Inquietudes sobre la imparcialidad e independencia de los jueces militares a partir de la STC Exp. N° 0001-2009-PI/TC.  
Tomo 25. Enero 2010. Lima

**16. Tesis “El Fuero Penal Militar en Colombia”**

[http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TE\\_SIS48.pdf](http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TE_SIS48.pdf)

17. Tesis “La Aplicación Expansiva del Fuero Militar en perjuicio de Víctimas de Violación a los Derechos Humanos”

[http://bibdigital.flacso.edu.mx:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/777/Patron\\_ME.pdf?sequence=1](http://bibdigital.flacso.edu.mx:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/777/Patron_ME.pdf?sequence=1)

**18. Torres Zúñiga, Natalia.**

Gaceta Constitucional.

Sentencia sobre Justicia Militar: Cambio de Línea Jurisprudencial.  
¿Varios pasos hacia atrás?.

Tomo 25. Enero 2010. Lima.

**19. Sentencias del Tribunal Constitucional**

Recaídas en demandas de inconstitucionalidad contra el Fuero Militar y Código de Justicia Militar. Años 2004 – 2009

[www.tc.gob.pe/jurisprudencia.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia.html)

**20. Vieco, Pietro.**

Diritto Penale Militare.

Milano. 1971

**21. Zúñiga Rodríguez, Laura.**

La Obediencia Debida: Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales.

[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080527\\_51.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_51.pdf)

## A N E X O S

1. A. GUIA DE CUESTIONARIO DE ENTREVISTA

1. B. GUIA DE CUESTIONARIO DE ENCUESTA
1. C. MATRIZ DE CONSISTENCIA
1. D. RESUMEN DE LA SENTENCIA TC N° 0001-2009-PI/TC
1. E. TEXTO COMPLETO DE LA SENTENCIA TC N° 0001-2009-PI/TC
1. F. TEXTO COMPLETO DE LA SENTENCIA TC N° 0012-2006-PI/TC
1. G. RESOLUCION DE APROBACION DEL PROYECTO
1. H. RESOLUCION DE NOMBRAMIENTO DE ASESOR

**ANEXO “1.A”: GUIA DE CUESTIONARIO DE ENTREVISTA**

## **ROL DE PREGUNTAS:**

1. ¿Considera Ud. que la Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el **Exp. Nº 00001-2009-PI/TC**, afecta los **Principios de Independencia e Imparcialidad** en el Fuero Militar Policial, señalados en el Art. 139º de la Constitución Política del Perú?
2. ¿Considera Ud. que la Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el **Exp. Nº 00001-2009-PI/TC**, vulnera el **Principio de Inamovilidad en el Cargo**, en el Fuero Militar Policial?.
3. ¿Considera Ud. que la Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el **Exp. Nº 00001-2009-PI/TC**, no legitima la **existencia de un Ministerio Público Militar** en el Fuero Militar Policial, toda vez que no se corresponde con el órgano constitucionalmente previsto para realizar las funciones requirentes y persecutorias propias del Ministerio Público.
4. ¿Considera Ud. que la aplicación del Fuero Militar Policial, constituye una **vulneración constitucional al Principio de Inaplicación por analogía de la ley penal** y de las normas que restrinjan derechos en el caso de los integrantes de la Policía Nacional del Perú.
5. ¿Considera Ud. que actualmente el Fuero Militar Policial se encuentra adaptado totalmente al orden constitucional?

## **ANEXO “1.B”: GUIA DE CUESTIONARIO DE ENCUESTA**

**TESIS: “INCONSTITUCIONALIDAD DEL FUERO MILITAR POLICIAL EN EL PERU Y SU INAPLICABILIDAD EN LA POLICIA NACIONAL”**

## PRESENTACION

---

Bueno(a)s \_\_\_\_\_, Como parte de mi Tesis en la Facultad de Derecho de la Universidad de Huánuco, estoy realizando una investigación acerca de la inconstitucionalidad del Fuero Militar Policial, así como su inaplicabilidad en la Policía Nacional. La información brindada en esta encuesta es anónimo y confidencial, solo con fines académicos; y, utilizada únicamente para los propósitos de investigación. Agradezco su colaboración.

---

## INICIO

---

**Persona entrevistada:**

**Civil ( ) Militar ( ) Policía ( )**

---

## CONTENIDO DE LA ENCUESTA

---

1. **¿Considera que actualmente el Fuero Militar Policial se desarrolla dentro del orden constitucional vigente?**  
SI   
NO
  
2. **¿Esta Ud. de acuerdo en que los Jueces y Fiscales del Fuero Militar Policial, sean nombrados por el mismo Fuero Militar Policial y Poder Ejecutivo?**  
SI   
NO
  
3. **¿Estaría Ud. de acuerdo en que los Jueces y Fiscales del Fuero Militar Policial, no sean nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura?**  
SI

NO ( )

4. ¿Esta Ud. de acuerdo en que los militares y policías sean investigados por un Ministerio Público Policial que no se corresponde con el órgano constitucionalmente previsto para realizar estas funciones?

SI ( )

NO ( )

5. ¿Esta Ud. de acuerdo que militares y policías sean investigados y juzgados por Jueces y Fiscales que son Oficiales en situación de actividad que no garantizan la imparcialidad e independencia de la función jurisdiccional?

SI ( )

NO ( )

6. ¿Esta Ud. de acuerdo que militares y policías sean investigados y juzgados por Jueces y Fiscales a quienes no les alcanza el Principio de Inamovilidad en el Cargo de los Magistrados, por cuanto en cualquier instancia del proceso pueden ser removidos en el cargo por diferentes causales?

SI ( )

NO ( )

7. ¿Ud. considera que la naturaleza de la función militar es igual a la naturaleza de la función policial?

SI ( )

NO ( )

8. ¿Esta Ud. de acuerdo que los policías sean investigados y juzgados por Jueces y Fiscales son procesados en el Fuero Militar Policial como si fueran militares aplicándose por igual el mismo tipo penal que para los militares?

SI ( )

NO ( )

9. ¿Esta Ud. de acuerdo que frente a la comisión de un delito común de competencia del Fuero Común, el Fuero Militar Policial apertura proceso penal por los mismos hechos considerando el tipo penal de Desobediencia para poder comprenderlo en su ámbito jurisdiccional?

SI ( )

NO ( )

10. ¿Ud. considera que los principios, valores, doctrina y los elementos filosóficos y legales del deber militar es igual a los del deber policial?

SI ( )

NO ( )

11. ¿Esta Ud. de acuerdo en que la Policía Nacional no debe estar bajo la jurisdicción del Fuero Militar Policial como regla general?

SI ( )

NO ( )

## ANEXO “1.C” - MATRIZ DE CONSISTENCIA

**TEMA: “INCONSTITUCIONALIDAD DEL FUERO MILITAR POLICIAL EN EL PERU Y SU INAPLICABILIDAD EN LA POLICIA NACIONAL”**

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	METODOLOGIA
<b>Problema General</b>  ¿Cuáles son los factores que determinan la inconstitucionalidad del Fuero Militar Policial y su inaplicación en la Policía Nacional?	<b>Objetivo General</b>  Determinar cómo influye la Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de Diciembre del 2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, constituye un retroceso en la adecuación de la Jurisdicción Penal Militar Policial al diseño constitucional, dejando en subsistencia criterios que justifican considerar que en la actualidad se trata de un organismo jurisdiccional inconstitucional.	<b>Hipótesis General</b>  La Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC sobre demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 29182 - Ley del Fuero Militar Policial, ha generado que se mantenga hasta la fecha una jurisdicción militar inconstitucional e inaplicable para los integrantes de la Policía Nacional del Perú.	<b>Variable Dependiente</b>  Inconstitucionalidad del Fuero Militar Policial	<b>Tipo de Investigación</b>  Utilizaremos el tipo de investigación DESCRIPTIVA – EXPLICATIVA.. De acuerdo con los objetivos planteados, describiremos las variables y acudiremos a técnicas específicas en la recolección de información, como el análisis documentario, la observación, las entrevistas y los cuestionarios.  Mediante el estudio explicativo pretendemos conducir a un sentido de comprensión o entendimiento del fenómeno jurídico planteado, por tanto está orientado a la comprobación de hipótesis; esto es, identificación y análisis de las causales (variables independientes) y sus resultados, los que se expresan en hechos verificables (variables dependientes).
<b>Problemas Específicos</b>  ¿Cuáles son las causas que genera la inconstitucionalidad del Fuero Militar Policial?  ¿Cuáles son las razones por las cuales el Fuero Militar Policial resulta inaplicable a los	<b>Objetivos Específicos</b>  Analizar las Sentencias del Tribunal Constitucional que señalaron la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar y Ley Orgánica del Fuero Militar.	<b>Hipótesis Específicas</b>  La Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, afecta los Principios de Independencia e Imparcialidad señalados en	<b>Variable Independiente</b>  Inaplicabilidad en la Policía Nacional	<b>Diseño de la Investigación</b>  Para el diseño de la presente Investigación, emplearemos el de una investigación por objetivos.
				<b>Población</b>  Constituido por las Sentencias del Tribunal Constitucional

<p>integrantes de la Policía Nacional?</p>	<p>Examinar los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de diciembre del 2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC reformando cuestionada y controvertidamente sus propios y reiterados criterios constitucionales respecto a la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar y Ley Orgánica del Fuero Militar.</p> <p>Identificar aquellos criterios que convalidan justificar que a la fecha tenemos una Justicia Militar con serios problemas de legitimidad constitucional e inaplicable para el caso de los efectivos de la Policía Nacional del Perú.</p>	<p>el Art. 139º de la Constitución Política del Perú?</p> <p>La Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, lesiona la imparcialidad e independencia de la función jurisdiccional.</p> <p>La Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, vulnera el Principio de Inamovilidad en el Cargo.</p> <p>La Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, no legitima la existencia de un Ministerio Público Militar, toda vez que no se corresponde con el órgano constitucionalmente previsto para realizar las funciones requerentes y persecutorias propias del Ministerio Público.</p> <p>La Sentencia del Tribunal Constitucional del 04DIC2009 recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, constituye una vulneración constitucional al Principio de Inaplicación por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos en el caso de los integrantes de la Policía Nacional del Perú.</p>		<p>en los procesos de Habeas Corpus, Amparo e Inconstitucionalidad, referidos al tema materia de la presente investigación, incluyéndose algunas ejecutorias supremas que ha pronunciado el Poder Judicial entre los años 2004 a 2009.</p> <p><b>Muestra</b></p> <p>Entendida, como una reducida parte de un todo, ha sido seleccionada tomando en cuenta las Sentencias del Tribunal Constitucional correspondientes al periodo 2004 a 2009.</p> <p><b>Técnicas</b></p> <p>Las principales Técnicas que se han empleado son el análisis documental, entrevista y encuesta.</p> <p><b>Instrumentos</b></p> <p>Los principales instrumentos que se aplicaron, en son los siguientes: Guía de entrevista, Guía de Cuestionario, Guía de análisis documental.</p>
--	--	---	--	--

**ANEXO “1.D”: RESUMEN DE LA STC N° 0001-2009-PI/TC\***

<b>DEMANDANTE</b>	<b>Colegio de Abogados de Lima</b>
<b>NORMA IMPUGNADA</b>	Artículos V primer párrafo, y VI del Título Preliminar; los artículos 9º primer párrafo, 10º, 13º inciso 2), 15º segundo párrafo, 19º segundo párrafo, 21º, 22º segundo párrafo, 23º, 24º, 25º incisos 1) al 5), 30º, 33º, 35º, 38º, 39º, 56º primer párrafo, y la Cuarta Disposición Transitoria en conexión con el artículo 39º, todos dispositivos de la Ley N.º 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.
<b>FECHA DE RESOLUCION</b>	4 de diciembre de 2009
<b>FECHA DE PUBLICACION EN EL PORTAL OFICIAL DEL TC</b>	22 de diciembre de 2009
<b>SUMILLA</b>	Se declara la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 4º de la Ley N.º 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.
<b>RESUMEN</b>	<p>En el presente caso el Tribunal Constitucional (TC) convalidó en gran parte el texto de la Ley N.º 29182 que fuera objeto de una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lima, cambiando su jurisprudencia anterior, en virtud de considerar que el contexto histórico, social y político ha cambiado sustancialmente, siendo necesario que la lectura de la Constitución se aadecue a estos cambios, en una interpretación constitucional dinámica y no anquilosada.</p> <p>Argumenta que, con un Estado de Derecho consolidado y con Fuerzas Armadas y Policía Nacional en lucha frontal contra el terrorismo y el narcotráfico, no se admite la desconfianza de la población sino su respaldo, en tanto actúen en claro respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales. Así lo señala en la sentencia.</p> <p>La “justicia militar” ha sido reconocida por la propia Constitución como un fuero independiente al jurisdiccional y al arbitral, y está destinado a juzgar tan solo a los uniformados en tanto incurran en delitos propios de su función.</p> <p>Solo es fundada la demanda, en relación con el último párrafo del artículo 4º de la Norma, encargándosele a la “Corte Suprema” resolver los conflictos de competencia entre el “Fuero Militar Policial” y el “Poder Judicial”.</p>
<b>TEMAS CLAVES</b>	Autonomía del Ministerio Público - cuerpo jurídico militar policial - delitos de función militar - jurisdicción militar - principio de imparcialidad - principio de inamovilidad de los jueces.
<b>REFERENCIAS NORMATIVAS</b>	<p>Normas Constitucionales: Artículos 139º, inc.1 y 2; 141º; 150º; 154º; 159º; y 173º de la Constitución.</p> <p>Normas Infraconstitucionales: Artículos V, VI del T.P. de la Ley N.º 29182; Artículos 4º, 9º, 10º, 15º, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º de la Ley N.º 29182; Artículo 13º, inc.2 de la Ley N.º 29182; Artículo 25º, incs.1 al 5 de la Ley N.º 29182; Artículos 30º, 33º, 35º, 38º, 39º y 56º de la Ley N.º 29182; 4ta Disp. Trans. de la Ley N.º 29182.</p>

**“SENTENCIA N°. N° 00001-2009-PI/TC DEL 04 DE DICIEMBRE 2009 RECAIDA EN  
LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY DEL FUERO  
MILITAR POLICIAL N° 29182”<sup>49</sup>**

<sup>49</sup> [www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-Al.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-Al.html)

Demanda de **inconstitucionalidad** interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO JURISDICCIONAL SENTENCIA N° 00001-2009-PI/TC**

**“SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
Colegio de Abogados de Lima c. Congreso de la República (demandado)  
Resolución del 4 de Diciembre de 2009**

**Asunto:**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lima contra los artículos V primer párrafo, y VI del Título Preliminar; los artículos 9º primer párrafo, 10º, 13º inciso 2), 15º segundo párrafo, 19º segundo párrafo, 21º, 22º segundo párrafo, 23º, 24º, 25º incisos 1) al 5), 30º, 33º, 35º, 38º, 39º, 56º primer párrafo, la Cuarta Disposición Transitoria, y en conexión con el artículo 39º, todos dispositivos de la Ley N.º 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

Magistrados presentes:

**VERGARA GOTELLI  
MESÍA RAMÍREZ  
BEAUMONT CALLIRGOS  
CALLE HAYEN  
ETO CRUZ  
ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N° 00001-2009-PI/TC**

**LIMA**

**COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA  
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 4 días del mes de diciembre de 2009, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen, que se agregan, y con el voto singular del magistrado Landa Arroyo, que se acompaña.

**I. ASUNTO :**Demandada de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra los artículos V primer párrafo, y VI del Título Preliminar; los artículos 9º primer párrafo, 10º, 13º inciso 2), 15º segundo párrafo, 19º segundo párrafo, 21º, 22º segundo párrafo, 23º, 24º, 25º incisos 1) al 5), 30º, 33º, 35º, 38º, 39º, 56º primer párrafo, y la Cuarta Disposición Transitoria en conexión con el artículo 39º, todos dispositivos de la Ley N.º 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

**II. ANTECEDENTES**

**1. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA**

Con fecha 2 de marzo de 2009, el Colegio de Abogados de Lima, por intermedio de su Decano, señor Walter Gutiérrez Camacho, interpone demanda de inconstitucionalidad, exponiendo las siguientes consideraciones:

a) Los artículos constitucionales 139º inciso 1), 141º y 173º, no garantizan una reserva de organización autónoma de la justicia castrense o policial, tal como se hace de manera expresa en el caso del Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo.

b) Se cuestionan los artículos 10º, 13º inciso 2) y 23º de la ley impugnada, porque estas normas establecen un régimen de nombramiento de jueces y fiscales en el ámbito de la justicia militar policial distinto al previsto por la Constitución que lo atribuye al Consejo Nacional de la Magistratura [artículo 150º, artículo 154º inciso 1)].

c) Los artículos 9º, 15º y 19º de la ley impugnada disponen que los magistrados de la justicia militar policial debe contar con grados militares o policiales; el artículo 22º refiere lo mismo en relación a los fiscales en dicho fuero; y el artículo 39º regula lo pertinente al régimen de ascensos en el grado policial o militar y los cambios de colocación. Deviene en inconstitucional dicho régimen de ascensos en la “carrera” judicial militar policial, el cambio de colocación “por razones de servicio” y el régimen disciplinario que desconoce las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura y afecta la autonomía del Ministerio Público.

d) Se demanda la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 9º, el primer párrafo del artículo 10º, el segundo párrafo del artículo 15º, el segundo párrafo del artículo 19º porque establecen que los magistrados de todas las instancias del Fuero Militar Policial son oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en situación de actividad y por ello sometidos al régimen de grados castrenses y policiales. Asimismo, del artículo VI del Título Preliminar, porque establece que existe una relación entre el sistema de grados militar y policial y la función jurisdiccional y fiscal; del primer párrafo del artículo 39º que somete a los magistrados del Fuero Militar Policial al sistema de ascensos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; del artículo 56º, que somete a los magistrados del Fueron Militar y Policial al régimen laboral de los institutos armados y Policía Nacional del Perú de acuerdo al grado correspondientes; de la Cuarta Disposición Transitoria, porque ratifica el sometimiento de los jueces castrenses y policiales al sistema de grados y ascensos; del segundo párrafo del artículo 39º porque ratifica la condición de militar y policía de los jueces castrenses y policiales de todos los niveles y su consiguiente inserción en el sistema de grados y ascensos en estas entidades.

Por las mismas razones, también resultan inconstitucionales las normas que se refieren a los fiscales militares policiales, esto es, el artículo VI del Título Preliminar, el segundo párrafo del artículo 22º, el primer párrafo del artículo 23º, el segundo párrafo del artículo 391º, el artículo 56º y la Cuarta de las Disposiciones Transitorias, en conexión con el artículo 39º de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

e) Se afecta el principio-derecho a la igualdad y del acceso a la función pública, al limitarse el acceso a la función pública judicial y fiscal militar policial únicamente a los oficiales en actividad pertenecientes al cuerpo jurídico militar policial.

f) Devienen en inconstitucionales los incisos a), b) y c) del artículo 22º y los artículos 22º y 24º, por crear un órgano distinto al Ministerio Público al que dotan de un estatuto jurídico que le es ajeno; el artículo V del Título Preliminar que establece que los Fiscales de todos los niveles del denominado Fuero Militar Policial proceden únicamente del “Cuerpo Jurídico Militar Policial” y deben contar con formación militar o policial; el artículo 21º y los incisos 1) al 5) del artículo 25º, por atribuirle al Órgano Fiscal Militar Policial las funciones que el artículo 159º de la Constitución atribuye en régimen de exclusividad o monopolio al Ministerio Público; el artículo 30º que establece el estatuto orgánico y funcional de los fiscales ante la Justicia Militar Policial, al margen de las reglas constitucionales del Ministerio Público y de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

## 2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 28 de mayo de 2009, el Congreso de la República, contesta la demanda por intermedio de su apoderado, don Jorge Campana Ríos, sustentando los siguientes argumentos:

- a) El Fuero Militar Policial se configura como una jurisdicción independiente del Poder Judicial por mandato expreso del artículo 139º inciso 1) de la Norma Fundamental, y su finalidad es la de administrar justicia penal militar policial en los casos en que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional incurran en delitos de función.
- b) En las sentencias N.os 0017-2003-AI/TC y 0012-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional estableció que los tribunales militares no podían juzgar a militares en actividad, por delitos comunes, delitos de lesa humanidad o delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. Asimismo, que tampoco podían juzgar a civiles ni militares en retiro; todo ello ha sido recogido en el Código de Justicia Militar Policial, Decreto Legislativo N.º 961. Estos criterios también han sido recogidos en la Ley N° 29182, norma que además ha instituido al Tribunal Constitucional como el órgano competente para dirimir los conflictos de competencia entre el Fuero Militar Policial y el Poder Judicial (artículo 4º).
- c) La sentencia N.º 0023-2003-AI/TC también ha sido cumplida por el Congreso, a través de la Ley N.º 28665, al considerar que los únicos oficiales excluidos de ejercer la función jurisdiccional eran los oficiales de armas y no los oficiales de servicio que forman parte del Cuerpo jurídico Militar Policial, quienes sí son abogados, previa evaluación, por el Consejo Nacional de la Magistratura. Esto último fue dispuesto como opción del legislador peruano, que decidió vincular a ambas jurisdicciones, introduciendo la Sala Suprema Militar Policial dentro de la Corte Suprema de Justicia de la República, incorporándose en la Ley N.º 28665, la inamovilidad de los jueces, la posibilidad de elegir libremente al abogado defensor y la sujeción de los fiscales militares al Ministerio Público.
- d) En las STC N.º 0004-2006-PI/TC y N.º 0006-2006-PI/TC el Tribunal Constitucional estableció una drástica limitación a la justicia militar policial, que termina por desnaturalizarla.
- e) De una interpretación sistemática de los artículos 150º y 154º de la Constitución, se advierte que el Consejo Nacional de la Magistratura es competente para ratificar y destituir a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. Los constituyentes nunca tuvieron la intención de brindarle competencia alguna al Consejo Nacional de la Magistratura para que nombre a los jueces del Fuero Militar Policial; y que la norma fundamental brinda libertad al legislador para que éste determine dicho sistema de nombramiento.
- f) De conformidad con los artículos I, II y III del Título Preliminar de la Ley N.º 29182, en el Fuero Militar Policial no se juzgan delitos comunes, tampoco a civiles ni militares en situación de retiro, sino únicamente a militares en actividad, por delitos de función; además, ninguna de las sentencias de la Corte Interamericana excluye la posibilidad que militares en actividad puedan juzgar a militares en actividad, por delitos de función.
- g) La ley impugnada brinda a los jueces del Fuero Militar Policial un estatuto que garantiza su independencia e imparcialidad. Para ello establece un sistema de nombramiento de magistrados en base al mérito y capacidad profesional, sobre la base de factores estrictamente objetivos, basados en la meritocracia (capacidades profesionales y personales), legalidad (respetando las normas que regulan el proceso de nombramiento), objetividad (aptitudes netamente relacionadas con la función a desempeñar), transparencia (concurso público), igualdad (puede participar cualquier

persona que cumpla con los requisitos establecidos), ética (observancia de los principios éticos que sustentan la función jurisdiccional) y especialidad (los magistrados deben contar con formación militar y jurídica, contando con título profesional de abogado y cumplir con los cursos académicos del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar).

Asimismo, que la Ley N.º 29182 consagra expresamente en el artículo V de su Título Preliminar que los magistrados del Fuero Militar Policial y los fiscales ejercen sus funciones a dedicación exclusiva. En relación a la inamovilidad de los magistrados de este fuero, se menciona que los operadores de dicho fuero mantienen incólume este derecho, pues sus servicios solo pueden ser concluidos por las causales contenidas en el artículo 29º de la Ley.

h) El artículo VI del Título Preliminar de la Ley establece que la relación entre el grado militar y la función jurisdiccional, en ningún caso y bajo ninguna forma implica dependencia o subordinación para el ejercicio de la función. Por su parte, el artículo 39º prevé que el ascenso en el grado militar de los magistrados del Fuero Militar Policial, lo será con las particularidades que establezca el reglamento que apruebe el propio Tribunal Supremo Militar Policial, el cual además determinará el número de vacantes.

i) La Constitución contempla la existencia del Fuero Militar, donde el proceso de sanción del delito de función, abarca tanto la etapa persecutoria (fiscal) como la de juzgamiento.

j) La formación jurídico-militar o policial no se trata únicamente del aprendizaje del derecho militar en el aula, sino también del conocimiento y vivencia de hechos, modos y circunstancias que se adquiere al prestar servicios en las diversas unidades y cuarteles en los que se aplican los reglamentos y leyes a que se refiere el artículo 168º de la Constitución, lo que únicamente puede lograrse siendo oficial del Cuerpo Jurídico Militar Policial. Así, la exigencia de especialización que se necesita para ser magistrado del Fuero Militar Policial es tan alta, que para ser juez o fiscal se exige el grado de teniente coronel o comandante, lo que implica una formación jurídica militar policial mínima de 15 años, los que aumentan cuando se trata de acceder a los cargos de vocal o fiscal superior, o vocal o fiscal supremo.

k) El Consejo Nacional de la Magistratura únicamente es competente para destituir a magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público [artículo 154º inciso 3) de la Constitución]. Y la ley impugnada ha previsto que la destitución de los magistrados del Fuero Militar Policial es competencia del Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial (artículo 35º), así como ha determinado los casos en los que procede dicha sanción.

### **3. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN CALIDAD DE *AMICUS CURIAE***

Con fecha 17 de julio de 2009, la Defensoría del Pueblo solicitó su intervención como *amicus curiae*, lo que en su oportunidad se declaró procedente por este Tribunal Constitucional.

### **4. INTERVENCIÓN EN CALIDAD DE PARTÍCIPLE DEL FUERO MILITAR POLICIAL**

El 10 de julio de 2009, el Presidente del Fuero Militar Policial solicitó al Tribunal Constitucional su intervención como partícipe, lo que fue concedido en su oportunidad.

## **III. FUNDAMENTOS**

## **§1. LA CONSTITUCIONALIDAD FORMAL DE LA LEY N.º 29182. SOBRE LA “NECESIDAD” QUE EL FUERO MILITAR POLICIAL (FMP) SEA REGULADO A TRAVÉS DE UNA LEY ORGÁNICA**

1. Uno de los temas sobre los que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse es el relativo a si la regulación del FMP debe ser realizada a través de una ley ordinaria o por una ley orgánica. Este asunto no es baladí, dado que la ley impugnada ha sido aprobada sin el requisito de votación previsto por la Constitución para la emisión de una ley orgánica, por lo que si se determina que su regulación debió ser hecha a través de una ley orgánica, la ley impugnada adolecería de un vicio que generaría su inconstitucionalidad formal.

2. Si bien la ley ordinaria y la ley orgánica son aprobadas por el Congreso de la República, en el segundo caso, la Constitución establece requisitos formales y materiales para su producción, como se advierte del contenido del artículo 106º, que establece que: “Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquier proyecto de ley y para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

Asimismo, en relación a los requisitos materiales, dicha norma precisa que Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

En ese sentido, en la STC N.º 0047-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido en relación a las reservas de ley orgánica contenidas en la Constitución que:

“Una segunda interpretación del artículo 106.º, siempre desde la perspectiva *númerus clausus*, es aquella que, partiendo del requisito material, propio del modelo de ley orgánica que diseña la Constitución, preserva el principio de unidad en la interpretación de la Constitución. En tal sentido, debe considerarse que el artículo 106.º de la Constitución prevé dos rubros que deben regularse por ley orgánica: a) la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución, las cuales comprenden aquellas con mención expresa (las contempladas por los artículos 82.º, 84.º, 143.º, 150.º, 161.º y 198.º de la Constitución), y aquellas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad; ello porque la primera parte del artículo 106.º de la Constitución debe interpretarse coherentemente; y b) las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución (dentro de estas últimas se tiene a las contempladas en los artículos 31.º, 66.º y 200.º de la Constitución).

Respecto a la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución con reserva de ley orgánica, que comprenden aquellas con mención expresa (las contempladas por los artículos 82.º, 84.º, 143.º, 150.º, 161.º y 198.º de la Constitución), y aquellas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad, en el Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.º 0022-2004-AI/TC, fundamentos 23 a 32, este Colegiado estableció que las entidades del Estado cuya estructura y funcionamiento deben ser regulados por ley orgánica son:

- Congreso de la República, asumiendo que el reglamento del Congreso goza de naturaleza equivalente a ley orgánica.
- Poder Judicial.
- Poder Ejecutivo, sólo en cuanto a las disposiciones relativas a los capítulos IV y V del Título IV de la Constitución (Presidencia de la República y Consejo de Ministros), puesto que los ministerios deben ser regulados por ley de organización y funciones – ley ordinaria–, conforme al artículo 121.º de la Constitución.
- Jurado Nacional de Elecciones.
- Oficina Nacional de Procesos Electorales.
- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.
- Tribunal Constitucional.

- Defensoría del Pueblo.
- Ministerio Público.
- Consejo Nacional de la Magistratura.
- Los gobiernos regionales
- Las municipalidades
- Superintendencia de Banca y Seguros.
- Contraloría General de la República.
- Banco Central de Reserva.

Las otras materias sujetas a reserva de ley orgánica a que se refieren los artículos 31º, 66º y 200º de la Constitución son: el derecho de ser elegido y de elegir libremente a sus representantes, las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales y el ejercicio de las garantías constitucionales, respectivamente”.

3. Como se advierte, la regulación de la justicia militar no ha sido considerada expresamente por el legislador constituyente como sometido a dicha reserva de ley orgánica. Incluso así lo entendió el Tribunal Constitucional cuando emitió sentencia en el Exp. N.º 0022-2004-AI/TC.

4. En consecuencia, para el Tribunal Constitucional la norma objeto del presente proceso no adolece de inconstitucionalidad por la forma, pues las disposiciones impugnadas contenidas en la Ley N.º 29182 no son materias que se encuentren sujetas a la reserva de ley orgánica, atendiendo a que el FMP no es un órgano constitucional sino más bien es un órgano constitucionalizado, de modo que sus competencias están reguladas por ley ordinaria.

5. Realizada dicha precisión, se deriva una consecuencia constitucional que corresponde ser atendida por este Colegiado. Debe declararse por conexidad la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 4º de la ley impugnada toda vez que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución y tiene como competencia, entre otras, la de conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley (artículo 202.3 de la Constitución Política); ergo, no le correspondería conocer los conflictos de competencia entre el FMP y el Poder Judicial; más aún si el artículo 109º del Código Procesal Constitucional -Ley orgánica conforme lo dispone el artículo 204º de la Constitución-, y cuyo texto se reproduce para mayor claridad, no lo ha considerado:

#### **Artículo 109.- Legitimación y representación**

El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan:

- 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;
- 2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o
- 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí.

6. Debe tenerse en cuenta, además, que la dirimencia de las contiendas de competencia se rigen por lo dispuesto en los artículos 361º y ss. del Código de Justicia Militar, lo que es concordante con el sentido del artículo 173º de la Constitución Política del Perú.

7. Al respecto, este Tribunal permite sugerir al Congreso de la República que evalúe debatir la reforma constitucional del artículo 173º de la Constitución Política del Perú

de manera que se extienda la participación de la jurisdicción ordinaria a través de la regulación del recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de la República, no sólo para los casos a que se refiere el artículo 173º—pena de muerte—sino para aquellos casos que por su relevancia para el Estado y la sociedad sean altamente reprochables y puedan merecer una pena mayor de 15 años, por ejemplo, entre otros, los delitos de traición a la patria, colaboración con organización ilegal, capitulación indebida y cobardía, que se encuentran tipificados en los artículos 66º, 67º, 73º 118º, 119º inciso 3) del Código de Justicia Militar, respectivamente.

## **§2. ANÁLISIS MATERIAL DEL CONTENIDO DE LA LEY N.º 29182**

8. Antes de ingresar a los temas de fondo, conviene analizar brevemente el contexto en que tiene lugar este pronunciamiento, así como las respuestas que este Colegiado ha venido dando sobre el tema de la Jurisdicción Militar Policial. Ello es así porque el Tribunal, luego de analizar detenidamente los cambios legislativos producidos a la fecha, el debate suscitado en torno al tema por parte de los distintos actores sociales y el afianzamiento propio de las Fuerzas Armadas, considera que ha llegado el momento de hacer evolucionar la jurisprudencia constitucional en torno al tema, a efectos de lograr una mayor protección y desarrollo de las garantías institucionales involucradas, y con ello los derechos constitucionales que pudieran verse afectados.

9. La decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del *civil law*, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del *common law*. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique [STC N.º 3361-2004-AA/TC, fundamentos 4 al 8; STC N.º 01412-2007-PA/TC, fundamentos 15 al 22].

10. En este sentido, la técnica del *overruling* permite cambiar un precedente en su “núcleo normativo” aplicando el nuevo criterio llegue el juzgador en la materia. En consecuencia, este Colegiado anuncia que, en lo sucesivo y conforme a lo que se establezca en el fallo de esta sentencia, los criterios asumidos en este caso deberán respetarse por todos los operadores jurídicos, en atención a la propia fuerza jurídica de las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad (artículo 204º de la Constitución).

11. Hechas estas precisiones preliminares, es momento de ingresar al análisis de las cuestiones planteadas en el proceso de autos.

## **§3. LA EXISTENCIA DEL FMP**

12. El artículo 139º inciso 1) de la Constitución Política, establece expresamente que:

### **“Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia**

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”. Queda claro entonces que la existencia de una jurisdicción militar se encuentra expresamente prevista en la Constitución, por lo que corresponde al legislador ordinario regular los aspectos competenciales y funcionales de la misma.

13. La existencia de la jurisdicción militar, entonces, no es materia debatible, pues en tanto exista la previsión constitucional, corresponde que el legislador ordinario prevea lo necesario para viabilizar su funcionamiento y operatividad. Lo que sí es debatible es su ubicación funcional y su competencia dentro del orden constitucional peruano; es por ello que en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional se precisó que

aspectos antes regulados por el legislador ordinario, se encontraban al margen de la Constitución.

14. Ello no impide que legislador, al regular nuevamente esta materia, lo haga sobre la base de criterios interpretativos no evaluados anteriormente por el Tribunal Constitucional, que pueden ser adecuados o conformes con los preceptos establecidos en la Constitución.

15. Esta situación puede ocurrir cuando el Tribunal Constitucional, al analizar la constitucionalidad de las normas impugnadas, expulsa del ordenamiento constitucional aquellas que colisionan directamente con la Constitución y cuya aplicación no es susceptible de ser adecuada al texto de aquella. Para ello parte de una interpretación de la Constitución, en un momento y contexto determinado, que puede variar o cambiar en el tiempo, conforme cambian y se producen los fenómenos sociales, económicos, culturales y jurídicos.

16. En ese contexto, cabe identificar una primera etapa, signada por una intensa lucha contra el terrorismo, sin el conocimiento adecuado de las posibles estrategias que la sociedad debía emplear, tanto en lo jurídico-político como en lo militar, ocasionando la aparición de notorios casos de violaciones de derechos humanos, lo que a su vez produjo en parte de la opinión pública y de la clase intelectual una notoria desconfianza hacia el ciudadano de uniforme. Una segunda etapa surge por el impulso del sistema interamericano y del propio Tribunal Constitucional, así como de organizaciones de distintas perspectivas; se inicia con el proceso de investigación, sanción y reparación a favor de las víctimas y familiares de los excesos cometidos. Pero nos encontramos en una tercera etapa, en la que frente al recrudescimiento del terrorismo aliado al narcotráfico y frente a la urgente necesidad de impulsar el desarrollo económico y la superación de la pobreza, la sociedad debe unir esfuerzos en torno al fortalecimiento del Estado constitucional de derecho, intrínsecamente capaz de cumplir objetivos con pleno respeto de los derechos fundamentales y los procedimientos democráticos.

17. Estas situaciones pueden motivar el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues aunque el marco de referencia, la Constitución, no cambia en sus contenidos, sí pueden cambiar los criterios que sirven para su plasmación en una realidad social.

18. Al respecto, se debe tener presente que el Tribunal Constitucional, conforme a su función pacificadora, en su condición de supremo órgano de control de la constitucionalidad, valiéndose únicamente de la Norma Fundamental y del modelo de sociedad que ella tiene consagrado detrás del reconocimiento de derechos y libertades, ha variado su jurisprudencia en reiteradas ocasiones.

19. Este Colegiado ha señalado que “[l]a decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del *civil law*, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del *common law*. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique.” [Exp. N.º 3361-2004-AA/TC, fundamento 4).

20. En virtud de esta facultad, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 3908-2007-PA/TC (Provías Nacional) el Tribunal Constitucional decidió “dejar sin efecto las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente establecidas en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC”,

puntualizando que: “7. Adicionalmente, resulta oportuno destacar que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC omitió lo precisado por este Tribunal en el fundamento 46 de la STC 3741-2004-AA/TC, en el que señala que «la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones», pues el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos”.

21. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha variado también su criterio jurisprudencial, entre otros, en los siguientes casos: en el Expediente N.º 0025-2005-AI/TC, donde se cambió la jurisprudencia plasmada en las sentencias de los Expedientes N.º 0003-2001-AI/TC y N.º 006-2001-AI/TC, respecto al requisito de aprobación de los programas de formación académica (PROFA) para aspirantes al cargo de Magistrado del Poder Judicial o Fiscal del Ministerio Público, organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura; en el Expediente N.º 1412-2007-AA se modificó el criterio plasmado en el Expedientes N.º 3361-2004-AA/TC, el cual a su vez había modificado la jurisprudencia de los Expedientes números 1941-2002-AA/TC, 2154-2002-AA/TC, 2955-2002-AA/TC, 1274-2002-AA/TC, etc., en lo concerniente al proceso de ratificación de jueces y fiscales; en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, donde se modificó el criterio establecido en los Expedientes números 1906-2002-AA/TC, 1794 -2002-AA/TC, 3426-2003-AA/TC, etc., respecto al pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; en el Expediente N.º 0041-2004-AI/TC se cambió la jurisprudencia de los Expedientes números 918-2002-AA/TC, 1363-2002-AA/TC, 361-2004-AA/TC, etc. respecto a los criterios para la distribución del costo global de los arbitrios entre los contribuyentes de cada localidad.

#### **§4. LA INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL FMP**

22. El principal problema del funcionamiento de la justicia militar ha sido la preservación de su independencia e imparcialidad funcional en relación a las entidades a las que se encontraba adscrita y a cuyos efectivos debía procesar. La Ley impugnada ha regulado la existencia del denominado FMP, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional evaluar si su contenido se adecua a los preceptos contenidos en la Constitución, en relación a la existencia de la jurisdicción militar.

23. Ello porque todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional (sea ordinario, constitucional y militar) debe respetar las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, *independiente e imparcial*, a la ejecución de resoluciones judiciales, entre otros derechos fundamentales. Esto, por cierto, también es aplicable en los procesos arbitrales, por tratarse de garantías de la administración de justicia aplicables a todo órgano que tenga la potestad de administrar justicia.

24. En ese contexto, si bien el FMP es entendido como una excepción al ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial, ello no importa que la jurisdicción militar pierda su naturaleza jurisdiccional y, por ello, esté desvinculada de los principios que rigen tal función. Debe tenerse en cuenta dos aspectos de vital importancia: primero, que al ser una excepción en la Norma Fundamental, su interpretación debe realizarse de modo restrictivo y no extensivo; segundo, que el legislador al organizar la jurisdicción militar no puede desconocer los principios propios de la administración de

justicia. De modo que la jurisdicción militar debe poseer iguales o mayores garantías que las ofrecidas por la jurisdicción ordinaria, para el juzgamiento o procesamiento de efectivos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, en actividad, única y exclusivamente por los delitos de función cometidos con ocasión del servicio.

25. Respecto a la competencia del FMP, en el Exp. N.º 0002-2008-AI/TC se señaló que: “84. En este sentido, la competencia del fuero militar debe estar circunscrita a los delitos de función o aquellos propios e inherentes de la función militar. La delimitación de su contenido no es simple debido a que estas causales pueden variar según las necesidades y situaciones concretas.

(...) 86. Sobre esta base y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, (Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004) adoptada también por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, (Corte Suprema de Justicia- Sala Penal Permanente. *Competencia N.º 18-2004*. Vocalía de Instrucción Segundo del Consejo Supremo de Justicia Militar/Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo. Sentencia del 17 de noviembre de 2004) se entenderá por delitos de función los tipos penales que cumplan con los siguientes elementos objetivos del tipo penal militar:

- a) Que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional: objeto material.
- b) Que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad: círculo de autores.
- c) Que, como circunstancias externas del hecho, que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio, es decir, con ocasión de él.”

26. El Congreso de la República, al emitir la norma impugnada, ha cumplido con regular la organización y funciones del FMP, de modo que los artículos I a IV del Título Preliminar de la Ley N.º 29182 delimitan su independencia y autonomía; sus competencias y vinculación a los principios y garantías de la función jurisdiccional, así como al pleno respeto a los derechos fundamentales; establecen de que manera deben tipificarse los delitos de función, así como la prohibición de que dicha legislación sea aplicada a ciudadanos civiles, de manera directa, indirecta o por analogía. El Tribunal Constitucional considera que esta regulación es compatible con la Constitución así como con su propia jurisprudencia.

27. La preservación de la autonomía administrativa y funcional del FMP se encuentra reafirmada con la regulación de sus relaciones con el Sistema de Seguridad y Defensa Nacional consagrado en el artículo 2º, que prescribe que la misma debe realizarse dentro de la autonomía e independencia que le reconocen tanto la Constitución como la Legislación de la materia. También el Capítulo I (Presupuesto y Recursos) del Título XI (Régimen Económico, Administrativo y Laboral del FMP) de la misma norma, regula que el FMP es un pliego presupuestario cuyo titular es el Presidente del Tribunal Supremo Militar Policial (artículo 47º), cuyo presupuesto depende de los recursos que se le asignen por ley, los que sean directamente recaudados y las transferencias presupuestales (artículo 48º).

#### **4.1. Los principios de independencia e imparcialidad en la función jurisdiccional**

28. El inciso 2) del artículo 139º de la Constitución consagra el principio de independencia en la función jurisdiccional en los siguientes términos: “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”.

29. En el Expediente N.º 0023-2003-AI/TC se señaló que la independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad auto determinativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

30. A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el principio de independencia judicial en los siguientes términos:

“El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción.” [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de fondo, parágrafo 68].

31. Dentro de esta misma línea de pensamiento, la Corte ha señalado que: “Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante “Principios Básicos”), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.” (subrayado agregado) [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de fondo, parágrafo 70].

32. Por otro lado, el principio de imparcialidad —ligado al principio de independencia funcional—, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo, pudiendo entenderse desde dos acepciones: a) *Imparcialidad subjetiva*, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso. b) *Imparcialidad objetiva*, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

Se debe tener presente que la falta de imparcialidad del juez no puede ser alegada en abstracto, sino tiene que ser probada en cada caso concreto. Sobre este punto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el “principio según el cual se debe presumir que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho” (Caso Pullar contra Reino Unido).

33. A la luz de lo expuesto en los fundamentos anteriores, corresponde ahora examinar si los jueces del FMP cuentan con las garantías necesarias de independencia e imparcialidad.

#### **4.2. Los criterios de los principales organismos de protección de los derechos humanos respecto a la condición de oficiales en actividad de los miembros de los tribunales militares**

##### **a. La Corte Interamericana de Derechos Humanos**

34. En los Expedientes números 0023-2003-AI/TC y 0006-2006-AI/TC se utilizaron las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido contra la justicia militar peruana, para fundamentar la declaración de inconstitucionalidad, respectivamente, del Decreto Ley N.º 23201 y la Ley N.º 28665. En esta oportunidad,

corresponde traer a colación dichas sentencias a efecto de clarificar lo expuesto al respecto por este organismo supranacional.

35. En el Expediente N.º 0023-2003-AI/TC (fundamento 43) se utilizó la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castillo Petrucci vs. Perú: “(...) la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castillo Petrucci, a saber: “El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador.” (Subrayado agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petrucci vs Perú. Sentencia de fondo, párrafo 130].

36. En el Expediente N.º 0006-2006-AI se utilizaron las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos Cantoral Benavides, Lori Berenson y Durand y Ugarte. En el caso Cantoral Benavides vs. Perú, la Corte estableció que: “114. Estima la Corte que los tribunales militares del Estado que han juzgado a la presunta víctima por el delito de traición a la patria no satisfacen los requerimientos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8.1 de la Convención. La Corte considera que en un caso como el presente, la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos.” (Subrayado agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Benavides vs Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 114.]

Con el mismo razonamiento, en el caso Lori Berenson vs. Perú, la Corte sostuvo que: En un caso como el presente, la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos.” (Subrayado agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 145].

En el caso Durand y Ugarte vs. Perú, la Corte señaló que: En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

37. Como se puede apreciar, en los casos Castillo Petrucci, Lori Berenson y Cantoral Benavides, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la imparcialidad de los jueces militares resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tienen la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos.

En el caso Durand y Ugarte vs. Perú, la Corte sostuvo que la investigación y sanción de los delitos comunes debe recaer en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no. Por lo tanto, las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido contra el Perú en materia de justicia militar no han versado sobre el juzgamiento, en la jurisdicción militar, de militares en actividad por la comisión de delitos de función. Este órgano

supranacional tampoco ha denegado la posibilidad de que oficiales en actividad se desempeñen como magistrados de la jurisdicción militar.

38. Por el contrario, lo que la Corte ha resaltado en las sentencias antes mencionadas es que la jurisdicción militar se establece para sancionar a militares en actividad por la comisión de delitos de función, con la finalidad de mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas: “141. Es necesario señalar, como se ha hecho en otros casos, que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. (...)(Subrayado agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 119.]

#### **b. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

39. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del análisis de la justicia militar peruana, sostuvo lo siguiente: “211. Otro aspecto consiste en que los jueces del sistema judicial militar en general son miembros del Ejército en servicio activo (...).

212. Al respecto, la Comisión reitera que ciertas ofensas propias del servicio y la disciplina militar pueden ser juzgadas por tribunales militares [compuestos por militares] con pleno respeto de las garantías judiciales.

(...)

214. La Comisión reitera que la justicia militar debe ser utilizada sólo para juzgar militares activos por la presunta comisión de delitos de función en sentido estricto.” (Subrayado agregado) [SEGUNDO INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev. 2 junio 2000].

40. En similar sentido, la Comisión señaló en el caso Castillo Petrucci vs. Perú, conforme se reseña en dicha sentencia, que: “a) el artículo 8.1 de la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Si bien a nivel internacional la intervención de tribunales militares no se ha considerado violatoria del derecho a un juicio justo, lo cierto es que “ha surgido un consenso internacional, no sólo sobre la necesidad de restringir[la] en todo lo posible, sino [además de] prohibir el ejercicio de jurisdicción militar sobre civiles, y especialmente en situaciones de emergencia (...) e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar.” (Subrayado agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de Fondo. Parágrafo 125.]

41. Como se puede apreciar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admite expresamente que oficiales en actividad se desempeñen como miembros de los tribunales militares, siempre que se limiten a juzgar a militares en actividad por la comisión de delitos de función.

42. Por tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no consideran que la existencia de tribunales militares, conformados por militares en actividad, sea *per se* contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos.

#### **c. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

43. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar la condición de oficial en actividad de los jueces de la jurisdicción militar, ha sostenido que: "59. El Tribunal observa que la práctica de utilizar tribunales proveídos en el todo o en parte por los militares para juzgar a miembros de las fuerzas armadas, está profundamente arraigada en los sistemas jurídicos de muchos Estados Miembros. Esto recuerda su propia jurisprudencia, que pone de manifiesto que un tribunal militar puede, en principio, constituir un 'tribunal independiente e imparcial' a los efectos del artículo 6 § 1 de la Convención. (...) Sin embargo, la Convención sólo tolerará ese tipo de tribunales, siempre que existan suficientes salvaguardias para garantizar su independencia e imparcialidad." (Subrayado agregado) [TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso de Morris contra el Reino Unido. Párr. 59].

En tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que los tribunales militares compuestos por oficiales en actividad pueden constituir, en principio, tribunales independientes e imparciales, y que serán tolerados siempre que existan suficientes garantías para la preservación de tales principios.

44. Por lo tanto, de lo expuesto en los fundamentos precedentes se desprende de forma indubitable que la condición de oficial en actividad de los jueces de la jurisdicción militar, no vulnera *per se* los principios de independencia e imparcialidad judicial. No se puede reputar que los militares en actividad sean en principio personas incapaces de actuar con independencia e imparcialidad.

45. Sobre el tema planteado es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un contexto fáctico y normativo determinado que ahora no se presenta, resolvió que el Estado peruano había vulnerado el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos al abordar el tema de la independencia e imparcialidad de los jueces militares refiriéndose, junto con otras apreciaciones, a la elección de los jueces militares a cargo del ejecutivo, sin considerar que *per se* esta fuente del nombramiento sea inconveniente [Casos Lori Berenson Mejía vs. Perú (cfr. sentencia del 25 de noviembre de 2004 consideraciones 138 a 150), Cantoral Benavides vs. Perú (cfr. sentencia de 18 de agosto de 2000 consideraciones 110 a 115) y Castillo Petrucci y otros vs. Perú (cfr. sentencia de 30 de mayo de 1999, consideraciones 127 a 134)]. A través de estos pronunciamientos la Corte evaluó que la justicia militar de ese momento juzgó a civiles acusados por traición a la patria, por jueces sin rostro, y que las fuerzas armadas tenían la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos. Dichas circunstancias de manera conjunta afectaron gravemente las garantías de independencia e imparcialidad de manera objetiva, pues se había configurado una situación de alto grado de dependencia del fuero jurisdiccional militar policial con el órgano que se encargaba de su elección. Situación que no se presenta en el momento actual de desarrollo de la justicia militar y en la presente regulación materia del pronunciamiento de este Colegiado.

#### **4.3. Las garantías de independencia e imparcialidad que la Ley N.º 29182 brinda a los jueces del FMP**

46. Teniendo claro que, en principio, la condición de oficial en actividad no es incompatible con el desempeño de la función jurisdiccional en el Fuero Militar, cabe ahora analizar si los jueces de este fuero cuentan con suficientes garantías de independencia e imparcialidad.

47. Como se aprecia en el fundamento 29, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en concordancia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y con los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, señala que las garantías que se derivan de la independencia judicial son:

- a. Proceso de nombramiento;
- b. La inamovilidad en el cargo; y,
- c. La garantía contra presiones externas.

#### **a. Proceso de nombramiento de los jueces del FMP**

48. Conforme a los artículos 10º, 13º y 23º de la Ley N.º 29182, los Vocales Supremos y Fiscales Supremos del FMP son nombrados por el Presidente de la República. Los Vocales de los Tribunales Superiores Militares y los Jueces son designados por el Tribunal Supremo Militar Policial y los Fiscales de los otros niveles son nombrados por la Fiscalía Suprema Militar Policial.

La parte demandante considera que “el nombramiento a cargo de un poder político de los jueces militares vulnera su independencia e imparcialidad”, por lo cual compete a este Tribunal Constitucional examinar si este sistema de nombramiento es compatible con los principios de independencia e imparcialidad.

49. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que los jueces militares pueden ser nombrados, en forma directa o indirecta, por el Poder Ejecutivo si es que únicamente tienen la tarea de juzgar a militares en actividad por la comisión de delitos de función: “e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar.” (Subrayado agregado). [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 125.]

Así pues, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es de la opinión que el nombramiento de los jueces militares por parte del Poder Ejecutivo no interfiere con la labor de estos en el juzgamiento de los delitos de función.

50. El Tribunal Constitucional de España ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que la independencia judicial de los magistrados no se determina por su origen o forma de nombramiento, sino por el estatuto jurídico que les otorgue la ley en el desempeño de sus funciones: “El principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el status que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas. Son precisamente las alegaciones expuestas en relación con dicho estatuto jurídico las que deben ser, finalmente, objeto de consideración.” (Subrayado agregado) [TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N.º 204/1994, FJ 8.]. En tal sentido, el Colegiado español considera que la garantía de independencia de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales no está determinada por su origen, sino por las garantías que le brinde la ley para el desempeño de dichas funciones.

51. Como se puede apreciar, no atenta *per se* contra el principio de independencia judicial el hecho de que los jueces sean nombrados por órganos políticos. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal Constitucional es nombrado por el Congreso de la República y ello no es óbice para que desarrolle sus funciones con pleno respeto de los principios de independencia e imparcialidad judicial. Estos principios, independientemente del sistema de nombramiento que se adopte, tienen que ser asegurados mediante un estatuto jurídico que blinde al juez de cualquier tipo de interferencia externa.

52. Conforme a los artículos 10º y 13º de la Ley N.º 29182, el nombramiento de los jueces del FMP se lleva a cabo previa evaluación curricular y concurso de méritos: **“Artículo 10.- Nombramiento de Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial** Los Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Sala Plena, previa evaluación, concurso de méritos y

mediante ternas, entre los oficiales en actividad del Cuerpo Jurídico Militar Policial. (...)." [Subrayado agregado].

#### **Artículo 13.- Competencia y funciones administrativas**

Compete al Tribunal Supremo Militar Policial, en el ámbito de sus funciones de gobierno y administración: (...) 2. Designar a los Jueces de los Juzgados Militares Policiales y a los Vocales de los Tribunales Superiores Militares Policiales, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, previo concurso de méritos y evaluación curricular. (...)" [Subrayado agregado].

53. Estas normas guardan concordancia con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al sistema de nombramiento de los jueces:

"(...) se debe seleccionar a los jueces exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos de selección y permanencia que tengan en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar." (Subrayado agregado) [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de Fondo, párrafo 68.]

54. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que el sistema de nombramiento de los jueces del FMP no es incompatible con los principios de independencia e imparcialidad judicial.

Así las cosas, se tiene que el sistema de nombramiento adoptado por la Ley N.º 29182 guarda estricta observancia con lo establecido por los organismos internacionales antes mencionados, así como con la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. El tema referido a la elección de dichos magistrados es coherente y lógico. Su aplicación no está, de modo alguno, sujeta a aspectos subjetivos. El orden de méritos exigido, así como la capacidad profesional de dichas personas, está presente en todo el proceso de elección.

#### **b. Inamovilidad en el cargo de los jueces del FMP**

55. La parte demandante alega que el artículo 39º de la Ley N.º 29182 vulnera el principio de inamovilidad en el cargo de los jueces del FMP, pues contempla un "cambio de colocación" de estos magistrados por "necesidades del servicio", lo cual podría originar un mal uso de esta causal por parte del Poder Ejecutivo.

56. El principio de inamovilidad en el cargo ha sido definido por este Tribunal en el sentido de que "la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo determina el *status jurídico* de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático. (...) Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna (...)" [Exp. N.º 0023-2003-AI/TC, fundamento 35].

57. Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional también se ha referido de manera especial a la garantía de inamovilidad en el ámbito del fuero militar policial: Esta garantía es constantemente invocada en el ámbito de la jurisdicción militar, dado que la realidad militar no permite su eficaz cumplimiento, pues, por la propia naturaleza de las funciones de los miembros del servicio activo –que hacen a la vez de jueces–, resultan susceptibles de rotación, y no necesariamente para seguir desempeñando las mismas funciones jurisdiccionales. Consecuentemente, en el proceso de consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, cada vez es mayor la tendencia por adecuar la jurisdicción militar a las garantías propias del correcto

funcionamiento de la Administración de Justicia (...) (ver: STC 00023-2003, fundamento 36 al 37). Luego el Tribunal Constitucional acotó que: A efectos de tutelar la independencia e imparcialidad de los jueces militares y evitar que puedan ser sometidos a algún tipo de presión o interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, a ellos se les debe garantizar la inamovilidad en sus cargos. Si bien la declaratoria de un Estado de Emergencia puede plantear que, excepcionalmente, una autoridad judicial militar pueda trasladarse a un punto geográfico que se encuentre dentro de su circunscripción respectiva y que tal declaratoria de emergencia implique a su vez una petición por parte del Poder Ejecutivo a la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República, para que se realice tal traslado (solicitud que debe ser atendida con la celeridad y urgencia del caso), ello no autoriza a que disposiciones como las aquí cuestionadas permitan que “todos” los órganos de la jurisdicción militar puedan trasladarse, reducirse o suprimirse, conforme a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional. (Ver STC 00004-2006-PI/TC).

58. En este sentido, la inamovilidad en el cargo no descarta que un juez sea cambiado de colocación por razones justificadas. Por ello, el supuesto de cambio de colocación de vocales, jueces y fiscales del FMP no entraña un vicio de inconstitucionalidad, en la medida que se entienda que dicho cambio se efectúa sólo a solicitud del interesado, salvo las necesidades del servicio, lo que debe interpretarse restrictivamente de manera que el “servicio” a que se hace mención corresponde sólo al relativo a la función jurisdiccional y, “las necesidades” solo deben de estar enmarcadas en los regímenes de excepción y en las zonas geográficas involucradas en él. Señalar lo contrario, esto es, hablar de una necesidad de índole militar y/o policial, constituiría un grave error.

59. Por tanto, no resulta admisible constitucionalmente que el cambio de colocación por “necesidad del servicio” sea injustificado o que responda a situaciones distintas a las señaladas. En caso que el Tribunal Constitucional verifique que tal situación se ha producido, en un proceso sometido a su conocimiento, adoptará las medidas correctivas pertinentes.

60. En el tema referido al mal uso que se pudiera hacer del artículo 39º de la Ley N.º 29182, esto no es motivo suficiente para la declaración de inconstitucionalidad de la norma, pues —como se ha señalado en anterior jurisprudencia— “el mal uso que se dé a una norma jurídica, no convierte a la misma en inconstitucional, sino antes bien, a quienes la tuerzan o envilezcan en reos de abuso de autoridad y lesa constitución.” [Fundamento 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 0005-99-AI/TC, emitida el 19 de marzo de 2001].

### **c. Los jueces del FMP y las garantías contra presiones externas**

61. Corresponde ahora analizar si los jueces del FMP cuentan con garantías suficientes que los protejan de presiones externas que puedan interferir con el adecuado desarrollo de su labor jurisdiccional.

62. El artículo 29º de la Ley N.º 29182, dispone que los jueces del FMP cesan en el cargo sólo por: a) muerte, b) renuncia, c) límite de edad, d) destitución o separación por medida disciplinaria, e) incompatibilidad sobreviviente, y f) impedimento físico o mental permanente, acreditado y declarado por la autoridad competente. Cabe señalar que las causales de cese en el cargo que establece este artículo, son similares a las establecidas para el término de la función jurisdiccional en el Tribunal

Constitucional (Ley N.º 28301, artículo 16º) y en el Poder Judicial (Ley N.º 29277, artículo 107º).

63. La Corte Interamericana de Derechos Humanos acota que los Principios Básicos de las Naciones Unidas, relativos a la independencia de la judicatura, establecen que “[l]a ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos y que [s]e garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto”. [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de Fondo, párrafo 68.]

64. En tal sentido, el artículo 29º de la Ley N.º 29182 sería acorde con estos Principios Básicos, por lo que resulta que los jueces del Fuero Militar están protegidos contra posibles separaciones forzosas que puedan interferir el desempeño de sus funciones jurisdiccionales.

65. Asimismo, la parte demandante alega que el sistema de ascenso en el grado militar de los jueces del FMP puede ser utilizado como un instrumento de presión contra estos magistrados.

66. El artículo VI del Título Preliminar de la Ley N.º 29182, señala que la relación entre el grado militar y la función jurisdiccional, en ningún caso y bajo ninguna forma implica dependencia o subordinación alguna para el ejercicio de la función:

#### **“Artículo VI.- Grado y función**

La relación entre el grado militar o policial y la función jurisdiccional o fiscal, en el Fuero Militar Policial, para quienes ejercen dicha función, se sujeta a lo establecido en la presente Ley. En ningún caso y bajo ninguna forma implica dependencia o subordinación alguna para el ejercicio de la función.”

Empero, como se ha señalado en otra ocasión, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción posibilite tal actuación [Exp. N.º 0023-2003-AI/TC, fundamento 33]. Por ello, es necesario analizar si el sistema de ascenso en grado y la jerarquía militar no interfiere con la labor de los magistrados de la jurisdicción militar.

67. El ascenso en el grado de los magistrados del FMP es tratado en el artículo 39º de la Ley N.º 29182:

#### **“Artículo 39.- Ascenso y cambios de colocación**

El ascenso en el grado militar o policial se efectuará de acuerdo con el procedimiento establecido en las normas sobre ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, con las particularidades que serán especificadas en el reglamento que apruebe el Tribunal Supremo Militar Policial. Las vacantes serán determinadas por el Tribunal Supremo Penal Militar Policial en coordinación con las respectivas instituciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.” (Subrayado agregado).

Conforme a esta disposición, el FMP tiene potestad y autonomía para establecer criterios particulares que definirán los ascensos en el grado militar de sus magistrados. Del mismo modo, se garantiza que el número de vacantes para el ascenso en grado de estos magistrados será determinado por el Tribunal Supremo Militar Policial.

68. Así, pues, sobre este particular es importante traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional de España: “Se alega que la discrecionalidad de los ascensos es mayor en el caso de los militares, pero, al igual que en el supuesto anterior, la cuestión no es si el estatuto del Juez Togado es distinto al de un Juez ordinario, en lo que difícilmente puede no haber acuerdo, sino si ese estatuto vulnera o no los derechos reconocidos en el art. 24 C.E. [debido proceso]” (Subrayado agregado) [TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Constitucional de España recaída sobre el Expediente N.º 204/1994, foja 10].

69. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera que la Ley N.º 29182 otorga las garantías suficientes para que el ascenso en grado de los jueces de la jurisdicción militar no interfiera con el desempeño de sus funciones.

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

71. El artículo 9º de la Ley N.º 29182 establece que el Tribunal Supremo Militar Policial, el cual está compuesto por oficiales procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial con grado militar o policial, de Oficial General, Almirante, o su equivalente (máximo grado militar), es el encargado de juzgar a los Generales o Almirantes y a los Coronelos o Capitanes de Navío. Siendo esto así, un Vocal Superior, que es un oficial procedente del Cuerpo Jurídico Militar Policial con grado militar o policial de Coronel o Capitán de Navío (artículo 15º 23 de la Ley N.º 29182), o un Juez, que es un oficial con grado de Teniente Coronel o Comandante (artículo 15º de la Ley N.º 29182), nunca juzgará a un superior en grado, es decir, a un General o Almirante (en el caso de los Vocales Superiores) o a un Coronel o Capitán de Navío (en el caso de los Jueces), ya que estos son procesados en el Tribunal Supremo del FMP. De esta manera, la Ley N.º 29182 garantiza que un juez o vocal de la jurisdicción militar nunca juzgue a un oficial de superior grado, lo cual impide toda intromisión jerárquica que pueda afectar las labores jurisdiccionales.

72. Finalmente, cabe señalar que la condición de oficiales en actividad de los jueces del FMP, no implica *per se* subordinación y falta de independencia. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente: “Al tomar posesión, todos los miembros del Tribunal deben prestar un juramento que les obliga a ser justos, honestos e imparciales (artículo 9. de las ‘Instrucciones provisionales’). Es cierto que al continuar los jueces militares del Tribunal en su carácter de miembros de las Fuerzas Armadas se hallan también ligados por su juramento como oficiales, lo cual implica, entre otras cosas, obedecer órdenes de sus superiores. Este último juramento, no obstante, entraña también obediencia a la Ley, lo cual incluye, en general, las “Instrucciones provisionales” que rigen al Tribunal Superior Militar y, en particular, el juramento de imparcialidad que se toma a los Magistrados.” (Subrayado agregado) [TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso de Engel y otros contra el Reino de Holanda, del 8 de junio de 1976, parágrafo 30.]. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que “los alcances de la obediencia debida, dentro del marco de la Constitución, supone [que] no cabe aceptar la existencia de deberes que resulten manifiestamente contrarios a los derechos fundamentales o, en general, a los fines constitucionalmente legítimos perseguidos por el ordenamiento jurídico.”[Expediente N.º 2446-2003-AA/TC, foja 10.]

También por ello, el hecho de que el régimen laboral de los magistrados militares sea el establecido en su respectiva institución castrense de origen, no implica *per se* su carencia de independencia e imparcialidad, pues dicho régimen es sólo una consecuencia de su condición militar.

73. El artículo V del Título Preliminar de la Ley N.º 29182 exige que los magistrados del FMP cuenten “*obligatoriamente con formación jurídica (...) [la que] se acredita con el título profesional de abogado*”. [Cursiva agregada]. En la misma línea, el artículo 27º de la Ley N.º 29182 establece que “[...]os Vocales, Jueces y Fiscales deberán cumplir con los cursos académicos que determine el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar”. [Cursiva agregada]. Como se puede apreciar, la Ley N.º 29182 exige que los magistrados del FMP cuenten con el título profesional de Abogado. Esto constituye también una garantía que coadyuva a una idónea administración de justicia en la jurisdicción militar.

74. Otras garantías que abonan a la independencia e imparcialidad en la jurisdicción militar son la autonomía presupuestaria del FMP (artículo 47º de la Ley N.º 29182); la sujeción de este Fuero a los principios y garantías de la función jurisdiccional; y, su deber de respeto de los derechos fundamentales de la persona (artículos II del Título Preliminar y 45º de la Ley N.º 29182).

Abonando lo anterior, el artículo 27º de la Ley N.º 29182 establece que a los jueces militares les son aplicables los mismos impedimentos e incompatibilidades que establece la ley para los jueces del Poder Judicial.

75. También corresponde examinar si la Ley N.º 29182 respeta los límites establecidos en los fundamentos precedentes respecto a la competencia del FMP. De los artículos I, III y IV del Título Preliminar de la Ley N.º 29182, se desprende que en el FMP se procesa sólo a militares en situación de actividad por la comisión de delitos de función:

**“Artículo I.- Fuero Militar Policial”**

El Fuero Militar Policial, previsto en el artículo 173 de la Constitución Política del Perú, es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial. Es competente únicamente para juzgar los delitos de función.

**Artículo III.- Delitos de función**

Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código de Justicia Militar Policial y son imputables, sólo y únicamente, a militares y policías en situación de actividad.

**Artículo IV.- Prohibición**

El Fuero Militar Policial y el Código de Justicia Militar Policial no alcanzan a ciudadanos civiles, ni en forma directa, ni indirecta, ni análoga, de conformidad con la Constitución Política del Perú, bajo responsabilidad.”

Como se puede apreciar, la Ley N.º 29182 garantiza que en la jurisdicción no se procese ni a civiles ni a militares en situación de retiro, ni que se ventilen delitos comunes.

Reforzando esto, y a efectos de otorgar mayores garantías en la administración de la justicia militar policial, de conformidad al artículo 4º de dicha Ley, los conflictos de competencia entre el FMP y el Poder Judicial serán resueltos por el Tribunal Constitucional, aún cuando este extremo es inconstitucional.

76. Asimismo, es importante analizar si los jueces militares policiales peruanos cuentan con las garantías de independencia e imparcialidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigió a los jueces militares chilenos en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sobre el particular, la Corte señaló lo siguiente: “La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares [del ordenamiento jurídico chileno] supone que, en general, sus integrantes sean *militares en servicio activo*;

estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando; su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad, y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. *Todo ello conlleva que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad.* [Énfasis agregado].

Respecto a la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, es imprescindible recordar lo establecido por la Corte en el sentido de que es necesario que se garantice dichas condiciones “de cualquier juez [o tribunal] en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas”. En el mismo sentido, se expresan los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura”. [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de fondo, párrafos 155 y 156.]

Como se puede apreciar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró, respecto de los jueces chilenos, que éstos están subordinados a los superiores en grado, que no tienen formación jurídica que les permita ejercer su función jurisdiccional en forma adecuada, que no son nombrados por su competencia profesional o su idoneidad para desempeñar la función jurisdiccional, y que no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad.

77. De lo analizado en los fundamentos anteriores, se observa que los jueces militares policiales peruanos superan las observaciones hechas por la Corte respecto de los jueces militares chilenos.

Así, pues, de conformidad con la Ley N.º 29182, los jueces militares peruanos no están subordinados a los superiores en grado (artículo VI del Título Preliminar); el Tribunal Supremo Militar Policial determina el número de vacantes para el ascenso en grado de los jueces militares policiales y establece las particularidades para el procedimiento de dicho ascenso (artículo 39º). La Ley N.º 29182 exige que los magistrados de la jurisdicción militar tengan formación jurídica, es decir, tengan el título profesional de abogado (artículo V del Título Preliminar); son nombrados mediante concurso de méritos (artículos 10º y 13º); y tengan garantías suficientes de inamovilidad (artículos 29º y 39º).

78. Dentro de esta línea, este Colegiado considera que el primer párrafo del artículo V y el artículo VI del Título Preliminar, el primer párrafo del artículo 9º, el artículo 10º, el inciso 2) del artículo 13º, el segundo párrafo del artículo 15º, el segundo párrafo del artículo 19º, los artículo 30º, 33º, 35º y 39º y el primer párrafo del artículo 56º de la Ley N.º 29182 no vulneran los principios de independencia, imparcialidad e inamovilidad judicial, pues como se ha expuesto en los fundamentos precedentes, los oficiales en actividad que están facultados para ejercer funciones jurisdiccionales son los oficiales de servicio, esto es, abogados que se han asimilado a los institutos castrenses y que conforman el Cuerpo Jurídico Militar Policial.

79. Por el contrario, es inconstitucional el sentido interpretativo de los artículos antes referidos por el que se entiende que los oficiales en actividad que pueden ejercer funciones jurisdiccionales son los oficiales de armas. Al respecto, el Tribunal Constitucional reitera lo señalado en el Exp. N.º 0023-2003-AI/TC (fundamento 42), en el extremo de que es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los oficiales de armas, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales para ejercer funciones jurisdiccionales.

80. El Tribunal Constitucional observa que en la Resolución Administrativa 066-2009TSMP/SG, se ha previsto que el Tribunal Supremo Militar Policial —instancia máxima de la jurisdicción militar— esté compuesto, como regla general, tanto por oficiales en situación de actividad como por oficiales en situación de retiro, del Cuerpo Jurídico Militar Policial. Esta medida dota de mayores garantías de independencia e imparcialidad a esta jurisdicción, por lo cual el Tribunal Constitucional, conforme a su rol de garante imparcial de la supremacía constitucional y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, recomienda que se realicen las modificaciones legislativas necesarias para que dicha medida se plasme también como regla general, y no como excepción, en la Ley de Organización y Funciones del FMP.

81. Con el mismo fin, resulta necesario que se establezca una línea de carrera judicial y fiscal en el FMP, tal como lo prevé el artículo 37º de la Ley N.º 29182.

82. Finalmente, este Colegiado resalta que, tanto los magistrados del FMP, como las personas sometidas a su jurisdicción, tienen expedito su derecho a interponer las acciones de garantía constitucional correspondientes, cuando exista amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.

83. En consecuencia, el diseño previsto por el Congreso de la República para el FMP se encuentra rodeado de suficientes garantías para su funcionamiento dentro del marco previsto por la Constitución para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales.

84. Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera que no es constitucional que los magistrados del FMP sean oficiales en actividad provenientes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, pues al estar garantizada su independencia e imparcialidad, no se requiere privarlos de los derechos, beneficios y grados obtenidos durante el tiempo que estuvieron desempeñando funciones en el ahora denominado Cuerpo Jurídico Militar Policial.

## **§5. EL NOMBRAMIENTO DE LOS VOCALES Y JUECES DEL FMP. SU RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

85. Se ha cuestionado el contenido de los artículos 10º, 13º y 23º de la Ley N.º 29182, que regulan el nombramiento de los Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial, su competencia y funciones administrativas, así como la designación de los Fiscales del FMP.

El fundamento de la impugnación es que a los primeros los nombra el Presidente de la República al igual que a los Fiscales Supremos del FMP, en lugar que lo haga el Consejo Nacional de la Magistratura; mientras que estos posteriormente, se encargarán de nombrar a los funcionarios de las instancias inferiores.

86. En primer término corresponde determinar si el sistema de nombramiento regulado por la norma impugnada es constitucional, o no, puesto que la principal objeción se da en relación a si los Vocales y Fiscales pueden ser nombrados, como se establece en la ley impugnada, por el Presidente de la República, o esta es una competencia que corresponde ser ejercida exclusivamente por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). Ello porque el artículo 150º de la Constitución establece que “El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando estos provengan de elección popular”.

87. Para este Colegiado este dispositivo admite, cuando menos, dos sentidos interpretativos; el primero, que corresponde al CNM “nombrar” a “todos” los jueces y fiscales de la República, esto es, a todo funcionario que administre justicia a nombre

de la Nación; y, el segundo, que limita dicha competencia al “nombramiento” de los jueces y fiscales de la justicia ordinaria.

En relación al primer caso, no todos los funcionarios que desarrollan una labor jurisdiccional en nuestro ordenamiento constitucional son nombrados por el CNM; así, los magistrados del Tribunal Constitucional son nombrados por expreso mandato constitucional, por el Congreso de la República, mientras que en el caso de los árbitros, no existe ningún tipo de previsión constitucional sobre su nombramiento y atribuciones.

Por su parte, el segundo sentido interpretativo permite reafirmar que esta competencia del CNM debe ejercerse únicamente en relación a los jueces y fiscales de la justicia ordinaria, sobre todo cuando el propio texto constitucional ha establecido la necesidad que aquella cuente con un estatuto jurídico único que regule mínimamente su conformación, su órgano de gobierno y los requisitos para ser magistrado de la máxima instancia. Este razonamiento también es extensivo en relación al Ministerio Público y a sus integrantes.

88. En abono de este segundo sentido interpretativo, el Tribunal Constitucional recuerda que dada la insuficiencia de los métodos tradicionales para la interpretación de la Constitución, en sentencia anterior se señaló (Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, fundamento 12) que la interpretación de la *lex legum* debe efectuarse apelando a determinados principios constitucionales. En el presente caso, a efectos de determinar las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura debe recurrirse al *principio de unidad de la Constitución*, según el cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto (Exp. N.º 4596-2006-AA/TC, fundamento 18).

89. De una interpretación sistemática del Capítulo IX de la Constitución, referido al Consejo Nacional de la Magistratura, se deduce que las atribuciones de este órgano constitucional respecto al nombramiento, ratificación y destitución de jueces y fiscales, se encuentran relacionados directamente.

90. En tal sentido, cuando el inciso 1) del artículo 154º establece que el Consejo Nacional de la Magistratura es el órgano encargado de “[n]ombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles”, y, a continuación, el inciso 2) dispone también como atribución de este órgano el “[r]atificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años” y aclara que “[l]os no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público” [subrayado agregado], se entiende indubitablemente que la atribución del Consejo Nacional de la Magistratura respecto al nombramiento de jueces y fiscales se circunscribe a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público.

91. Del mismo modo, cuando el inciso 3) del artículo 154º señala que el Consejo Nacional de la Magistratura es el encargado de “[a]plicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias”; no cabe duda que se refiere a los Vocales, Jueces y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia la República (Poder Judicial) y del Ministerio Público, respectivamente.

92. Una interpretación contraria a ésta supondría entender que la Constitución le atribuye al Consejo Nacional de la Magistratura la función de nombrar a todos los jueces y fiscales, cuando sólo le autoriza a ratificar y a destituir a los magistrados del

Poder Judicial y del Ministerio Público, lo cual resulta contrario al sentido armónico que guarda la Norma Fundamental.

93. Bajo estas consideraciones, la Constitución le brinda al Consejo Nacional de la Magistratura la atribución de nombrar, ratificar y destituir a los jueces del Poder Judicial y a los fiscales del Ministerio Público, mas no le atribuye dichas competencias respecto de los jueces y fiscales del FMP. En la lógica antes expuesta, resulta que el legislador ordinario tiene libertad para regular la estructura, conformación y funcionamiento del FMP. Así pues, es al legislador -y no a este Colegiado- a quien le corresponde decidir si los magistrados del FMP son nombrados, ratificados y destituidos por el Consejo Nacional de la Magistratura o no. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que: “(...) la naturaleza jurisdiccional del Tribunal no es compatible con la evaluación de medidas adoptadas bajo criterios de conveniencia o inconveniencia por los órganos de representación política. (...) Al legislador le corresponde optar por cualquiera de las medidas que, dentro del marco constitucional, se puedan dictar (...)”(subrayado agregado) [Expediente N.º 0009-2001-AI/TC FJ 5.]

94. En ese sentido, para el Tribunal Constitucional, el principal problema para entender la existencia y alcances de la justicia militar, es su designación como una “jurisdicción” en los mismos términos que la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción constitucional. Sin embargo, en el análisis de esta particular “jurisdicción”, se olvida que aquella existe como tal por disposición del legislador constituyente, que ha optado por darle tal categoría a un fuero particular o funcionalmente limitado.

95. Por consiguiente, dichas disposiciones, en el extremo que regulan el mecanismo para la designación o nombramiento de los vocales y jueces del FMP, no son contrarias al contenido de la Constitución, ni mucho menos violatorias de las atribuciones y competencias otorgadas expresamente por el legislador constituyente al CNM.

96. De otro lado, se cuestiona también el contenido de los artículos 33º y 35º de la Ley N.º 29182, relacionados al régimen disciplinarios de los magistrados del FMP.

97. En relación a ello cabe precisar que la opción propuesta por el legislador no resulta constitucional, dado que en la medida que el CNM no es competente para su nombramiento, tampoco lo es para la imposición de sanciones, de modo que optar por un órgano al interior del propio fuero, que se encargue de ello, se justifica por la propia naturaleza excepcional de esta jurisdicción.

## **§6. EL DENOMINADO ÓRGANO FISCAL MILITAR POLICIAL EN EL FMP**

98. Se han impugnado los incisos a), b) y c) del artículo 22º, así como los artículos 23º y 24º de la Ley N.º 29182, porque crean al denominado Órgano Fiscal Militar Policial, y los artículos 21º y 30º, en relación a su competencia y a la aplicación supletoria de la legislación que regula la justicia ordinaria.

99. Para el Tribunal Constitucional, el órgano creado por la Ley N.º 29182 es uno distinto al creado en el artículo 159º de la Constitución, aunque su denominación sea similar.

100. El Tribunal Constitucional reitera sobre el particular la falta de una regulación constitucional expresa en relación a los aspectos medulares de la jurisdicción militar. Si antes se tenía únicamente la referencia a una “jurisdicción militar”, y que no contaba con mayor desarrollo en la Constitución, en relación a quién le corresponde iniciar o “activar” dicha jurisdicción, no se cuenta con mención alguna de a qué órgano le

corresponde ello. En principio podría considerarse que, por extensión, dicha competencia le corresponde al Ministerio Público o, por el contrario, dada la libertad de configuración otorgada al legislador ordinario para regular dicha jurisdicción, este está en libertad de establecer a quién le compete ello.

101. Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores pronunciamientos, lo que no se puede pretender en vía legislativa es la subordinación jerárquica o funcional del Ministerio Público, desnaturalizando su configuración constitucional, su independencia funcional así como el ámbito de sus competencias, como ocurría con la legislación declarada inconstitucional en otros procesos de control concentrado (STC 0006-2006-PI/C).

102. Distinta es la situación planteada en autos, esto es, la existencia de un órgano distinto del Ministerio Público, al que, independientemente de su denominación, le correspondería iniciar la acción penal militar, en sede del FMP.

103. Al respecto este Colegiado observa que la Norma Fundamental no prevé excepción alguna a favor de una Fiscalía anexa al FMP. No obstante, considera que a diferencia del artículo 139º de la Constitución, que establece en forma expresa la “unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”, no existe artículo constitucional que consagre la exclusividad de la función fiscal a favor del Ministerio Público, por lo que es comprensible que la Norma Fundamental no haya dispuesto una excepción a favor del FMP en lo referido a la función fiscal.

104. A mayor abundamiento, cabe señalar que este Colegiado ha reconocido en anterior jurisprudencia que existen excepciones al accionar del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, en razón de la naturaleza del bien jurídico tutelado: “el proceso de querella (...) su prosecución está reservada a la actividad del agraviado que tiene exclusiva legitimación activa por titularidad del ejercicio de la acción penal, dado que sólo a su instancia es posible incoar el proceso penal. Siendo así, el Ministerio Público no interviene como parte, bajo ninguna circunstancia, conforme lo preceptúa el artículo 209º del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, el agraviado se erige en acusador privado y, por tanto, en único impulsor del procedimiento” [Tribunal 30 Constitucional Exp. N.º 03411-2005-HC/TC]. En tal sentido, *mutatis mutandis*, es factible la existencia de un órgano fiscal propio del FMP en razón de la particularidad del bien jurídico tutelado en los delitos de función.

105. El Tribunal Constitucional comparte la opinión del demandado respecto a que “cuando el artículo 173º de la Constitución señala que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional están sometidos al Fuero Militar, [este artículo] entraña objetivamente la aplicación de un conjunto de normas especiales a estas personas, en razón de su condición de militar o policía, con el fin de sancionar los delitos que éstas cometan en el ejercicio de sus funciones.” Por ello, es válido el sentido interpretativo según el cual, en virtud del fin constitucional de la jurisdicción militar, esto es preservar el orden y la disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional mediante la sanción de los delitos de función, la Norma Fundamental contempla tanto la existencia de una jurisdicción como la de un órgano fiscal militar policial, en tanto que la sanción de los delitos de función implica necesariamente la etapa persecutoria (fiscal) y la etapa de juzgamiento (jurisdiccional) de estos ilícitos. Esta interpretación guarda concordancia con el principio de unidad de la Constitución, el cual exige que la interpretación de la Constitución esté orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en conjunto. [Exp. N.º 1458-2006-PA/TC].

Dado que la Constitución no establece la exclusividad de la función fiscal a favor del Ministerio Público, el legislador está facultado para incluir un órgano fiscal dentro del

FMP, a efectos de que ejercite la acción penal en el caso de los delitos de función, más aún cuando ello no está prohibido por la Norma Suprema.

106. La Corte Constitucional de Colombia señala que “Para la Corte, la introducción de la figura de los fiscales penales militares dentro del juicio castrense, persigue los mismos objetivos que buscan las normas transcritas, es decir, al contrario de lo que alega la demanda, contribuyen a la garantía de imparcialidad de los funcionarios que administran esta justicia especial.” [Expediente N.º C-361/01].

107. Conforme a la Ley N.º 29182, las funciones del órgano fiscal del FMP son las siguientes:

**“Artículo 25º.- Funciones de los órganos fiscales militares policiales**

Los órganos fiscales del Fuero Militar Policial tienen las funciones siguientes:

1. Ejercer la defensa de la legalidad y actuar de acuerdo al debido proceso en el ámbito del Fuero Militar Policial.
2. Ejercitar la acción penal militar policial, formular las denuncias y presentar los recursos impugnativos correspondientes, conforme al código de la materia.
3. Velar por la autonomía e independencia del Fuero Militar Policial.
4. Velar por la recta administración de justicia en el Fuero Militar Policial.
5. Velar por la prevención y persecución del delito de función militar o policial y el pago de la reparación civil.
6. Cumplir con las demás funciones y atribuciones que les correspondan, de acuerdo a ley.”

Como se puede apreciar, las funciones del órgano fiscal del FMP se circunscriben exclusivamente al ámbito penal militar policial, con lo cual se sujeta al carácter restringido y excepcional que debe tener, al igual que la jurisdicción militar.

La ley es clara al establecer los alcances y las limitaciones que en el ejercicio de sus funciones deberán observar los magistrados del FMP.

108. Por ello, para el Tribunal Constitucional, el órgano creado por la Ley N.º 29182 es uno distinto al creado en el artículo 159º de la Constitución, aunque su denominación sea similar. Además, esta situación no es contraria al sistema de competencias reguladas en la Constitución, dado que el nuevo órgano creado lo ha sido dentro de la libertad otorgada al legislador ordinario.

109. De otro lado, este Colegiado considera que la remisión a la legislación ordinaria contenida en el artículo 30º de la Ley N.º 29182 permite la aplicación supletoria o complementaria de normas sustantivas o procesales dentro de la justicia militar, lo que en modo alguno resulta inconstitucional, sino que incluso puede permitir que se otorguen mayores garantías a los procesados ante dicha jurisdicción.

110. En consecuencia, no resulta inconstitucional la previsión del precitado órgano, por lo que es infundada la impugnación de los artículos 21º, 22º, 23º, 24º, 25º y 30º de la Ley N.º 29182.

**§7. LA PROCEDENCIA DE LOS MAGISTRADOS DEL FMP Y EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD**

111. Se advierte en la norma impugnada que diversos artículos hacen referencia al Cuerpo Jurídico Militar, como el órgano de donde deben proceder los operadores del FMP.

112. El artículo V del Título Preliminar contiene una previsión general sobre el tema, al establecer que:

**Artículo V.- Operadores del Fuero Militar Policial**

Los operadores del Fuero Militar Policial, Vocales, Jueces o Fiscales de todos los niveles, así como los Relatores, Secretarios de Sala o Juzgado proceden únicamente del Cuerpo Jurídico Militar Policial, debiendo contar obligatoriamente con formación jurídica militar o policial. La formación jurídica se acredita con el título profesional de abogado. La formación militar o policial, mediante constancia emitida por el órgano competente de la respectiva institución armada o policial. Los magistrados que administran justicia penal militar policial y los fiscales ejercen sus funciones a dedicación exclusiva.

113. Así, los integrantes de dicho fuero “proceden únicamente” del Cuerpo Jurídico Militar Policial. Se aduce, para ello, que quienes integren el FMP deben tener formación jurídica militar o policial, donde la jurídica se acredita con el título profesional de abogado, mientras que la militar o policial, “mediante constancia emitida por el órgano competente de la respectiva institución armada o policial”.

114. Por tanto, corresponde analizar si la Ley N.º 29182 respeta el principio-derecho a la igualdad al regular la procedencia de los magistrados del FMP.

### **7.1. El test de igualdad y el requisito de pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar Policial para ser magistrado del FMP**

115. El demandante sostiene que el artículo V del Título Preliminar y los artículos 9º, 10º, 19º, 22º y 38º de la Ley N.º 29182 vulneran el principio-derecho a la igualdad, por establecer como requisito el pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar Policial para ser magistrado del FMP.

116. El demandado refiere que la exigencia de pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar Policial para ser magistrado del FMP no vulnera el principio derecho a la igualdad, toda vez que es un requisito razonable y proporcional, ya que asegura que los magistrados de este fuero cuenten con formación jurídica y militar.

117. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que, con el fin de verificar si los extremos cuestionados vulneran, entre otras disposiciones, el principio-derecho de igualdad, debe aplicarse el test de igualdad.

#### **a. Verificación de la diferenciación legislativa**

118. En cuanto al *primer paso* (verificación de la diferenciación legislativa), cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se encuentra constituida por la norma de exclusión conforme a la cual no pueden ejercer función judicial o fiscal en el FMP (consecuencia jurídica) las personas que no pertenecen al Cuerpo Jurídico Militar Policial (supuesto de hecho).

La situación jurídica que funcionará en este caso como término de comparación está constituida por la norma de acuerdo a la cual pueden ejercer función judicial o fiscal en el FMP (consecuencia jurídica) las personas que pertenecen al Cuerpo Jurídico Militar Policial (supuesto de hecho).

Realizado el respectivo examen, este Colegiado concluye que la medida legislativa cuestionada supera este primer nivel, toda vez que otorgan un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que, a su vez, resultan diferentes.

#### **b. Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad**

119. Respecto del *segundo paso* (determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad), cabe destacar que, al tratarse del impedimento del ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de trabajo y el de igualdad en el acceso a los cargos públicos, se verifica que la intervención legislativa tiene una intensidad grave.

#### **c. Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación**

120. Respecto del *tercer paso* (verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación), debe precisarse que de una interpretación teleológica de los extremos de la disposición cuestionada, se desprende que ésta tiene como fin: i) garantizar la optimización y la eficacia de la función jurisdiccional y fiscal en el FMP, de modo tal que quienes actúen en y ante la jurisdicción militar posean los mayores conocimientos sobre el ámbito militar; ii) velar por que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, respectivamente, cumplan a cabalidad con sus funciones constitucionales de defensa, seguridad y preservación del orden interno de la nación; y, iii) coadyuvar a la vigencia de los derechos fundamentales de los procesados en la jurisdicción militar.

Cabe señalar que los dos últimos fines mencionados no fueron tomados en consideración cuando se aplicó el test de igualdad a una disposición similar de la Ley N.º 28665, en los Expedientes números 0004-2006-AI/TC y 0006-2006-AI/TC. Dada la relevancia constitucional de dichos fines, la consideración de éstos en el presente caso puede incidir en el resultado del test de igualdad.

Al respecto, este Colegiado destaca que la sanción eficaz y adecuada de los delitos de función garantiza que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, respectivamente, cumplan a cabalidad sus funciones constitucionales de defensa, seguridad y preservación del orden interno de la República. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene: “que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas (...) y est[á] encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares.” [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de Fondo, fojas 141 y 142.]

Los fines que persigue la medida legislativa cuestionada son constitucionalmente legítimos, por lo que la medida legislativa cuestionada supera el tercer paso del test de igualdad.

#### **d. Examen de idoneidad**

121. En cuanto al *cuarto paso* (examen de idoneidad), es necesario precisar que la medida legislativa diferenciadora (sólo quienes pertenezcan al Cuerpo Jurídico Militar Policial pueden ser jueces y fiscales del FMP) resulta adecuada para conseguir el fin que se pretende, esto es, la optimización y la eficacia de las funciones judicial y fiscal en la jurisdicción penal militar. Lo anterior permite una eficaz y adecuada sanción de los delitos de función y esto, a su vez, garantiza que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cumplan cabalmente con las funciones que la Norma Fundamental les encomienda. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en anterior jurisprudencia que la sanción de los delitos de función en la jurisdicción militar incide en la seguridad del estado, el orden constitucional y la disciplina de las instituciones castrenses:

“Este Colegiado así considera que dados los fines constitucionalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, a saber: garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República, de acuerdo a lo expresado en el párrafo precedente, no resulta irrazonable que aquellos delitos de función que terminen incidiendo en la seguridad del estado, el orden constitucional y la disciplina de las instituciones castrenses, puedan ser considerados por el legislador como conductas cuya gravedad no admite la concesión de determinados beneficios.” (Subrayado agregado) [Expediente 00454-2006-HC/TC, foja 3.]

Del mismo modo, se debe tener presente que una idónea formación jurídica y militar de los jueces y fiscales del FMP coadyuva a la vigencia de los derechos fundamentales de las personas que son procesadas en este fuero. En consecuencia, la medida legislativa cuestionada supera el cuarto paso del test de igualdad.

#### **e. Examen de necesidad**

122. En cuanto al *quinto paso* (examen de necesidad), cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de disposiciones legales que limitan el ejercicio del derecho fundamental de igualdad en el acceso a las funciones públicas, que se deduce del artículo 2.2 de la Constitución, interpretado de conformidad con el artículo 25, apartado c), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del derecho fundamental a la libertad de trabajo, se requiere de un *juicio de igualdad estricto*, según el cual, como se ha expuesto, se exige que la medida adoptada por el legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo.

Es menester señalar que este Colegiado, cuando aplicó el test de igualdad a una disposición similar de la Ley N.º 28665 en los Expedientes números 0004-2006-AI/TC y 0006-2006-AI/TC, no tuvo en consideración la jurisprudencia comparada que se ha emitido en torno a la importancia de la condición de oficial del cuerpo jurídico militar para desempeñarse como magistrado de la jurisdicción militar. En el Exp. N.º 0002-2005-AI/TC (fundamento 45) se señaló que se “puede recurrir al Derecho Constitucional comparado como un quinto método de interpretación, en la medida de que se torna en una herramienta explicativa necesaria, pues es en el conocimiento de esa diversidad de repuestas en el contexto de procesos de descentralización, que se podrá establecer los criterios y pautas que deben determinar el análisis del juez constitucional en cada caso en concreto.” En tal sentido, la aplicación de este principio interpretativo puede incidir en la decisión de este Tribunal en el presente test de igualdad.

123. En el numeral 2) del artículo 1º del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación”, se establece que “(...) las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.” Así pues, la exigencia del requisito de pertenencia al Cuerpo Jurídico Militar Policial para desempeñarse como magistrado del FMP, constituye una calificación exigida por la Ley N.º 29182 para el ejercicio de esta función, por lo cual no constituye necesariamente una medida discriminatoria. Teniendo claro lo anterior, compete a este Colegiado analizar si tal requisito es indispensable y si por ello no existe una alternativa que cuente con la misma idoneidad.

124. El Tribunal Supremo del Canadá, en el caso *Michel Généreux contra la Reina* (que ha sido citado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) compartió la opinión sobre lo indispensable que resulta la condición de oficial del cuerpo jurídico militar de los jueces de la jurisdicción militar: “Una fuerza principal del actual sistema judicial militar descansa en el empleo de oficiales militares entrenados, que son también oficiales jurídicos, para situarlos en las cortes marciales en funciones judiciales. Si esta conexión fuera cortada, (...), la ventaja de independencia del juez que así podría ser alcanzada sería más que compensada por la desventaja de la pérdida eventual del juez del conocimiento militar y la experiencia que hoy le ayuda a cumplir sus responsabilidades con eficacia. Ni las fuerzas ni el acusado se beneficiarían de tal separación.” (Subrayado agregado).

125. En la misma línea, la Corte Constitucional de Colombia señaló que el requisito de la condición de oficial del Cuerpo Jurídico Militar para acceder al cargo de magistrado militar en la justicia penal militar, no quebrantaba el principio-derecho a la igualdad, ni los derechos de acceso a la función pública y al trabajo: “Corresponde en esta oportunidad a la Corte decidir si, tal como lo sostiene el demandante, el requisito de ostentar el grado de oficial de la Fuerza Pública para acceder al cargo de Juez de Primera Instancia en la Justicia Penal Militar, quebranta el principio de igualdad constitucional frente a quienes no tuvieren tal distinción, pese a ser intelectual y

moralmente aptos para ocupar dicho cargo (...). Esta Corte reitera sobre dicho particular, que la consagrada en la Carta Política de 1991, no es una igualdad despótica, resultado de conceder un trato idéntico a todos sin consideración a las diferencias que los distinguen y determinan. Como lo ha dicho este Tribunal, el legislador puede regular de manera diferente, situaciones de hecho disímiles, pues es de la esencia de la justicia dar a cada cual lo que le corresponde de acuerdo con su condición. Por ello, la Corte ha aplicado el denominado “test de igualdad”, que no es otro que un análisis destinado a definir si el dispositivo normativo acusado i) persigue un objetivo con el trato diferente, ii) si ese objetivo es válido y, finalmente, iii) si el trato diferencial es razonable.

De los antecedentes de esta sentencia se deduce, sin mayor esfuerzo, que el requisito contenido en las normas acusadas sorteó con éxito el test de igualdad, pues: i) el trato diferencial efectivamente persigue un objetivo claro, cual es el de establecer requisitos especiales para el acceso a determinados cargos dentro de la Jurisdicción Penal Militar; ii) dichos requisitos son válidos, porque persiguen un fin acorde con los principios constitucionales, que es el de garantizar que quienes ocupen los cargos de la referencia, sean individuos de comprobada preparación intelectual y moral necesaria para hacer efectivos los principios básicos de la administración de justicia (arts. 228, 229 y 230 C.P.), la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo (artículo 2º C.P.). Finalmente, iii) son proporcionales porque las funciones que se asignan a los miembros del cuerpo especializado de la Justicia Penal Militar, están en armonía con la preparación que se exige a los oficiales de la Fuerza Pública, quienes, como se dijo anteriormente, deben ostentar título de abogado. (...)

Además de lo anterior, el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación”, señala en su artículo 1º, numeral 2º que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”; de lo cual se deduce que las normas atacadas tampoco vulneran el derecho al trabajo (artículo 25 C.P.) por vía de quebrantar el derecho a la igualdad, como sostiene el demandante.

Por esa misma razón, las normas acusadas no violan el artículo 26 de la Carta, que consagra el derecho a escoger libremente profesión u oficio, pues es visto que según la norma constitucional, la Ley podrá exigir títulos de idoneidad cuando considere razonable que éstos son indispensables para el ejercicio de la profesión de que se trata; así como tampoco existe quebrantamiento del artículo 40 constitucional, que establece el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso a funciones y cargos públicos, pues es criterio reiterado que también en estos casos, el legislador puede establecer regulaciones que considere necesario para acreditar la idoneidad de sus titulares. (...) Sería absurdo suponer que el constituyente, sin criterio alguno ni consideración a la preparación académica o militar del aspirante, concedió la posibilidad de aplicar justicia a todos (...) pues ello sí estaría en abierta desproporción con los fines de la administración de justicia e iría en detrimento de la responsabilidad implícita a dicha función pública. (...) A este respecto, es pertinente citar lo dicho por la Corte Constitucional en oportunidad pasada: Adicionalmente, hay que tener en cuenta que una de las razones por las cuales se estableció una jurisdicción penal especial conformada por miembros de la Fuerza Pública, es la que además del criterio jurídico que exigen las decisiones judiciales, esos jueces y magistrados tengan conocimiento de la estructura, procedimientos y demás circunstancias propias de la organización armada, de suyo complejas y que justifican evidentemente la especificidad de esa justicia. (Sentencia C-473/99) (...)" (Subrayado agregado) [CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente N.º 676/01].

126. Como se puede apreciar, la jurisprudencia comparada considera que el requisito de pertenecer a un Cuerpo Jurídico Militar para desempeñarse como magistrado de la jurisdicción militar, no es contrario al principio derecho a la igualdad, ni al derecho de acceso a la función pública ni al derecho al trabajo.

127. El Tribunal Constitucional comparte la opinión respecto a que, atendiendo a que la jurisdicción militar tiene como fin juzgar los delitos de función, los cuales están conectados directamente con las funciones constitucionales y legales de los institutos armados, el magistrado de esta jurisdicción, además de poseer un conocimiento teórico sobre dichas funciones, necesita también un conocimiento práctico. La razón de que la Constitución haya previsto una jurisdicción excepcional para la sanción de los delitos de función obedece a que estos delitos deben ser sancionados en forma eficaz y adecuada por sujetos que, en razón de su especial condición de militar o policía, conocen de los imperativos de la vida castrense y de las funciones, estructura, procedimientos y valores propios y particulares de los institutos castrenses.

En efecto, si cualquier persona pudiera desempeñarse como magistrado de la jurisdicción militar, entonces, carecería de sentido la existencia de ésta, pues bastaría con asignar sus funciones a la jurisdicción ordinaria. Resulta claro que este panorama no armoniza con la *ratio* de la excepción que la Constitución hace a favor de la jurisdicción militar.

128. Asimismo, este Colegiado observa que la prohibición de que en la jurisdicción militar no se juzgue a civiles, tiene como fin asegurar que los civiles no sean objeto de incriminación, juicio ni sanción por parte de militares, que son quienes integran la justicia penal militar. Si los encargados de administrar justicia penal fueran civiles, entonces carecería de sentido tal prohibición.

129. Sobre este particular, el Tribunal Supremo del Canadá señala lo siguiente: "El objetivo de un sistema separado de tribunales militares es permitir que las Fuerzas Armadas traten con los asuntos que pertenecen directamente a la disciplina, la eficacia y la moral de los militares. La seguridad y el bienestar de canadienses dependen bastante de la buena voluntad y la preparación de una fuerza de hombres y mujeres para defender contra amenazas a la seguridad nacional. Para mantener las Fuerzas Armadas en un estado de preparación, los militares deben estar en una posición para hacer cumplir la disciplina interna con eficacia y de manera eficiente. Las violaciones de disciplina militar deben ser tratadas rápidamente y, con frecuencia, castigadas con mayor severidad que sería en el caso de un civil que participa en tal conducta. Por consiguiente, los militares tienen su propio Código de Disciplina de Servicio que les permite satisfacer sus necesidades particulares disciplinarias. Además, han dado a tribunales de servicio especiales, más bien que a los tribunales ordinarios, la jurisdicción para castigar las violaciones del Código de Disciplina de Servicio. El recurso a los tribunales ordinarios criminales, por regla general, sería inadecuado para servir las necesidades particulares disciplinarias de los militares." [subrayado agregado].

130. En similar sentido, la Corte Constitucional de Colombia sostiene que "la Justicia Penal Militar constituye una excepción a la regla general que otorga la competencia del juzgamiento de los delitos a la jurisdicción ordinaria. Este tratamiento particular, que se despliega tanto a nivel sustancial como procedural, encuentra justificación en el hecho de que las conductas ilícitas sometidas a su consideración están estrechamente vinculadas con el manejo de la fuerza; y a que los sujetos activos que incurren en ellas están subordinados a reglas de comportamiento extrañas a las de la vida civil, todo lo cual marca una abierta incompatibilidad con el sistema punitivo a cargo de la jurisdicción ordinaria." (Subrayado agregado) [CORTE CONSTITUCIONAL

DE COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente C-676/01].

131. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que “la práctica de utilizar tribunales proveídos en el todo o en parte por los militares para juzgar a miembros de las fuerzas armadas, está profundamente arraigada en los sistemas jurídicos de muchos Estados Miembros [del Convenio Europeo]” [TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso de Morris contra el Reino Unido, párrafos 58 y 59].

132. La Ley N.º 29182 exige un alto grado de especialización para el desempeño de las funciones judicial y fiscal en el FMP. Así, pues para ocupar el puesto de Juez o Fiscal se requiere el grado de teniente coronel o comandante (artículo 19º), lo que implica una formación jurídica militar o policial mínima de 13 años; para el puesto de Vocal Superior o Fiscal Superior se requiere el grado de coronel o capitán de navío (artículo 15º), lo que implica una formación jurídica militar o policial mínima de 20 años; y para el puesto de Vocal Supremo o Fiscal Supremo se exige el grado de general-almirante (artículo 9º), lo que implica una formación jurídica militar o policial mínima de 25 años. (Cfr. Ley N.º 29404, Ley N.º 29108 y Ley N.º 28359).

Resulta claro que este alto grado de especialización no lo posee cualquier persona, sino sólo aquellas que ocupan dichos grados militares o policiales, los cuales son el resultado de un complejo proceso selectivo en el que los grados se otorgan en razón de parámetros objetivos y del nivel de idoneidad demostrada, esto es, de acuerdo con los estudios realizados y con la experiencia que se tenga al interior de la institución, así como con la capacidad intelectual y con la aptitud sicológica de asumir las responsabilidades que corresponden al grado respectivo.

En consecuencia, teniendo en cuenta el objetivo y la finalidad que persigue la medida legislativa cuestionada, ésta supera el quinto paso del test de igualdad.

#### ***f. Examen de proporcionalidad en sentido estricto***

133. En cuanto al sexto paso (examen de proporcionalidad en sentido estricto), corresponde a este Colegiado verificar si la realización del fin perseguido, el cual es garantizar la optimización y la eficacia de la función jurisdiccional y fiscal en el FMP, velar por que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, respectivamente, cumplan a cabalidad con sus funciones constitucionales de defensa, seguridad y preservación del orden interno de la nación, y coadyuvar a la vigencia de los derechos fundamentales de los procesados en la jurisdicción militar, es proporcional a la medida adoptada de exigir la pertenencia al Cuerpo Jurídico Militar Policial para desempeñarse como juez o fiscal del FMP.

134. Respecto a este principio, debe advertirse que en el caso de autos la intensidad o grado de intervención en la igualdad es grave (*la diferenciación incide en el principio derecho a la igualdad, en el derecho de acceso a la función pública y en el derecho al trabajo*). Si bien se ha intervenido legislativamente a través del establecimiento de un requisito especial para el desempeño de las funciones judicial y fiscal en el FMP, no es menos cierto que el grado de optimización del fin constitucional, el cual permite que el Estado cumpla con su deber constitucional de “defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general”, de acuerdo a lo que establece el artículo 44º de la Constitución, es, sin duda, superior. Por tanto, este Colegiado considera que se ha superado el análisis de proporcionalidad *stricto sensu*.

135. Al respecto, resulta necesario señalar que en virtud del fin constitucionalmente legítimo que persigue la Ley N.º 29182, que permite que el Estado cumpla con su deber constitucional de defensa de la soberanía y seguridad de la población, cabe

delimitar el ejercicio de derechos para compatibilizar los objetivos eminentemente sociales de este fin constitucional con los de los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Al respecto, en anterior jurisprudencia se ha precisado que: “15. (...) En el Estado Social de Derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales en torno de la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna en torno del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar. 16. Cabe precisar que cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que bajo determinadas circunstancias los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los de los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad.” (Subrayado agregado) [Expediente 5287-2005-PHC/TC, fundamento 15.]

136. Como consecuencia de la aplicación del *test de igualdad*, este Colegiado ha advertido que se trata de una medida legislativa diferenciadora mas no discriminadora, y que por tanto no vulnera el *principio-derecho a la igualdad*. Por esta razón, no corresponde declarar la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo V del Título Preliminar ni de los artículos 9º, 10º, 19º, 22º y 38º de la Ley N.º 29182. Para el Tribunal Constitucional, la previsión de dichos artículos no resulta inconstitucional, puesto que al ser el FMP una jurisdicción excepcional, resulta lógico que la experiencia y capacitación de quienes van a desarrollar labores jurisdiccionales en dicha instancia tengan competencia profesional en relación a los hechos que son materia de juzgamiento. Esta previsión en modo alguno puede considerarse atentatoria al principio-derecho a la igualdad, toda vez que existe un trato diferenciado, justificado por las diferentes funciones que realiza el FMP así como por su excepcionalidad, como ha quedado expuesto precedentemente.

## **§8. LOS REQUISITOS PARA ACCEDER A UN CARGO EN EL FMP O PARA EL ASCENSO DENTRO DEL MISMO**

137. También advierte el Tribunal Constitucional que diversos dispositivos de la ley impugnada se sustentan en los grados correspondientes a diversos grados de los oficiales en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional en actividad.

138. Tomando en cuenta lo expuesto en los fundamentos anteriores, para el Tribunal Constitucional, dado que el FMP es un fuero limitado (en cuanto a sus competencias y funciones) y encontrándose garantizada su autonomía, el hecho que se encuentre organizado en base al grado militar o policial, tanto para el ingreso a él como para la progresión en la carrera, no puede reputarse como inconstitucional; en todo caso, el resultado de su desempeño, en caso contravenga derechos fundamentales, puede ser materia de revisión en sede constitucional, como ha ocurrido en otros casos.

139. En consecuencia, no son inconstitucionales los artículo VI del Título Preliminar, 9º, 15º, 19º, 22º inciso c), ni 27º de la Ley N.º 29182.

## **FALLO**

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

## **HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad respecto del último párrafo del artículo 4º de la Ley N.º 29182, conforme a lo señalado en los fundamentos 5 y 6 de la presente sentencia.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad respecto al artículo 39º de la Ley N.º 29182, siempre que se entienda que el cambio de colocación se efectúa sólo a solicitud del interesado, salvo las necesidades del servicio, lo que debe interpretarse restrictivamente de manera que el “servicio” a que se hace mención corresponde sólo al relativo a la función jurisdiccional, y “las necesidades” solo deben estar enmarcadas en los regímenes de excepción y en las zonas geográficas involucradas en él (fundamentos 58 al 60 de la presente sentencia).
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad respecto a los demás artículos impugnados de la Ley N.º 29182.
3. **EXHORTAR** al Tribunal Supremo Militar Policial para que en un plazo de seis meses apruebe el Reglamento de ascenso en grado de los oficiales del Fuero Militar Policial (fundamento 70 de la presente sentencia).

Publíquese y notifíquese.”<sup>50</sup>

SS.

**VERGARA GOTELLI**  
**MESÍA RAMÍREZ**  
**BEAUMONT CALLIRGOS**  
**CALLE HAYEN**  
**ETO CRUZ**  
**ÁLVAREZ MIRANDA**

\*\*\*\*\*

---

<sup>50</sup> [www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-Al.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-Al.html)

Demandada de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima

**“SENTENCIA N° 0012-2006-PI/TC DEL 16 DE DICIEMBRE 2008 RECAIDA EN LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL DECRETO LEGISLATIVO N° 1094”<sup>51</sup>**

---

<sup>51</sup> [0012-2006-PI - Tribunal Constitucional](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/0012-2006-PI.html)  
[www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/0012-2006-PI.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/0012-2006-PI.html)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
PLENO JURISDICCIONAL  
0012-2006-PI/TC

**“SENTENCIA  
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 15 de diciembre de 2006

## PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Decana del Colegio de Abogados de Lima

### Síntesis

Demandada de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial.

Magistrados firmantes:

**LANDA ARROYO**  
**GONZALES OJEDA**  
**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**GARCÍA TOMA**  
**VERGARA GOTELLI**  
**MESÍA RAMÍREZ**  
**Sumario**

- I. Asunto
- II. Datos generales
- III. Antecedentes
- IV. Materias constitucionalmente relevantes
- V. Fundamentos

#### §1. La constitucionalización del derecho penal y los límites al legislador penal

- 1. El sistema punitivo en el marco de la Constitución
- 2. Los límites a la libertad de configuración legislativa de conductas punibles y penas
- 3. El principio de legalidad en materia sancionatoria
- 4. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos
- 5. El principio de proporcionalidad como límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal

#### §2. El contenido constitucional de la disposición que consagra el delito de función. El análisis «conjunto» de las características básicas de este delito

#### §3. Examen de constitucionalidad del Código de Justicia Militar Policial

- 6. El control de las disposiciones que consagran el delito de traición a la patria
- 7. El control de las disposiciones que consagran los delitos de rebelión, sedición, motín y derrotismo
- 8. El control de las disposiciones que consagran los delitos de infidencia y posesión no autorizada de información
- 9. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario
- 10. El control de las disposiciones que consagran los delitos de insulto al superior, coacción, injuria y difamación

11. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra la administración militar policial
12. El control de las disposiciones que consagran los delitos de violación al deber militar policial y de excesos en la facultad de mando
13. El control de las disposiciones que consagran los delitos que afectan a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno
14. El control de las disposiciones que consagran los delitos de certificación falsa y destrucción de documento militar policial
15. El *test* de proporcionalidad y la protección de bienes jurídicos estrictamente castrenses mediante el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario

## VII. Fallo

EXP. N.º 0012-2006-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de diciembre de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los Magistrados Alva Orlandini y Mesía Ramírez, adjuntos.

### I. ASUNTO

Demandada de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos 66° a 68°, 70° a 76°, 78 a 82°, 90° a 103°, 106° a 111°, 115° a 117°, 119°, 121° a 130°, 132° y 134° a 149° del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar.

### II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de inconstitucionalidad.
Demandante	:	Fiscal de la Nación.
Disposición sometida a control	:	Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar.
Disposiciones constitucionales : cuya vulneración se alega	:	Artículo 43°, 44°, 45°, 173° y penúltimo párrafo del 200° de la Constitución.
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos 66° a 68°, 70° a 76°, 78 a 82°, 90° a 103°, 106° a 111°, 115° a 117°, 119°, 121° a 130°, 132° y 134° a 149° del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar.

### III. ANTECEDENTES

#### 1. Argumentos de la demandante

Elva Greta Minaya Calle, Decana del Colegio de Abogados de Lima, interpone demanda de constitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, por considerar que los tipos penales que consagra afectan, entre otros bienes constitucionales, el principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos y el principio de legalidad penal.

*En cuanto al principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos*

Alega que el Código de Justicia Militar Policial tipifica una serie de delitos que desnaturalizan y exceden el ámbito objetivo del delito de función, pues buscan proteger bienes jurídicos que no son propios o castrenses, relevantes para la existencia de la organización, operatividad y cumplimiento de las Fuerzas Armadas. Dichos tipos penales, aduce, pueden ser cometidos por cualquier funcionario público incluso los militares, además de tipificar conductas de carácter común, y que por ser delitos comunes se encuentran ya tipificados en el Código Penal.

En tal sentido, refiere que los tipos penales que no pueden ser considerados como delitos de función son los de traición a la patria (art. 66º) y traición a la patria en tiempos de paz (art. 67º), pues los bienes jurídicos que protegen son la integridad del Estado, la defensa nacional y el deber de fidelidad que el ciudadano tiene para con la patria, bienes que no son exclusivos de las Fuerzas Armadas, y que pueden ser afectados por cualquier ciudadano o funcionario público. Estos delitos, menciona, ya se encuentran previstos en los artículos 325º a 334º del Código Penal.

Del mismo modo, sostiene que los delitos tipificados por las disposiciones siguientes: rebelión de personal militar (art. 68º), sedición (art. 70º), motín (art. 71º), negativa del militar o policía a evitar rebelión, sedición o motín (art. 72º), colaboración con organización ilegal (art. 73º), falsa alarma (art. 74º), derrotismo (art. 75º) y conspiración del personal militar policial (art. 76º), no pueden ser considerados como delitos de función, pues los bienes jurídicos afectados son los poderes del Estado y el orden constitucional, es decir, la organización política y social, así como la seguridad del funcionamiento y desarrollo de dicha organización. Refiere, además, que estas conductas se encuentran tipificadas en los artículos 346º y 350º del Código Penal.

Arguye también que la infidencia (art. 78º), la posesión no autorizada de información (art. 79º) y la infidencia culposa (art. 80º) son tipos penales que protegen al Estado y la defensa nacional, específicamente por actos de violación de secretos, bienes que son comunes y no propios de las Fuerzas Armadas, y agrega, además, que ya se encuentran previstos en el artículo 330º del Código Penal. Asimismo, el delito de ultraje a los símbolos nacionales militares o policiales (art. 81º) tiene como objeto de protección al mismo Estado y a su personalidad interna, bienes jurídicos comunes que se encuentran protegidos en el artículo 344º del Código Penal.

De igual modo, los delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario (art. 90º y 91º), la lesión al enemigo fuera de combate (art. 92), la confinación ilegal (art. 93), la aplicación de métodos prohibidos en las hostilidades (art. 95º y 96º), el saqueo, destrucción, apropiación y confiscación de bienes (art. 97º), la abolición de derechos y acciones (art. 98), los delitos contra operaciones humanitarias (art. 99º), la utilización indebida de los signos protectores (art. 100º), los daños extensos y graves al medio natural (art. 101º) y los medios

prohibidos en las hostilidades (art. 102° y 103°) protegen reglas mínimas de la guerra, normas humanitarias que proscriben aquellas conductas que van más allá de las necesidades estrictamente militares y que violan bienes jurídicos comunes como la vida, la integridad, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, el ambiente natural, el acceso a la justicia en el contexto especial de desprotección y peligro para las víctimas, por lo tanto, no pueden ser calificados, bajo ninguna circunstancia, como delitos de función. Además, sostiene que el articulado del Código de Justicia Militar, en este extremo, es una copia fiel del Proyecto del Libro Tercero del Código Penal proyectado por la Sub Comisión de Trabajo de la Comisión Especial Revisora del Código Penal (Ley N.º 27837), encargada de la adecuación de la legislación penal al Estatuto de Roma.

Igualmente, alega que la agresión (art. 121°), coacción, injuria y difamación (art. 123°), amenazas (art. 125°) y agresión al servicio de seguridad (art. 130°) constituyen delitos comunes y no de función, pues los bienes jurídicos tutelados son la integridad física y el honor, los mismos que ya se encuentran protegidos en los artículos 121°, 122°, 130°, 132°, 365° y 366° del Código Penal.

Con relación a los delitos de empleo indebido de armas (art. 132) y contra la función y administración policial (art. 134), aduce que los bienes jurídicos que tutelan estos tipos penales son la seguridad pública y la administración pública y no bienes jurídicos propios y exclusivos de las fuerzas armadas. Refiere, además, que el Código Penal, en el artículo 393°, ya regula los delitos contra la administración pública.

Del mismo modo, la omisión de cumplimiento de deber en función operativa (art. 137°), excesos en la facultad de mando (art. 139°), modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando (art. 140°) y excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado (art. 141°) tutelan bienes jurídicos como la administración pública, la vida, la integridad física, el patrimonio y la libertad personal, y no bienes jurídicos propios y exclusivos de las Fuerzas Armadas. Alega, además, que los artículos 106°, 111°, 121°, 124°, 151°, 205°, 376°, 377° del Código Penal ya tutelan los bienes jurídicos antes mencionados.

De otro lado, refiere que la afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno (art. 142°), facilitamiento culposo (art. 143°) y avería o deterioro culposo (art. 144°) son tipos que protegen bienes comunes como el patrimonio, por lo que no pueden considerarse como delito de función. Menciona que estos tipos penales también están contenidos en los artículos 185°, 190°, 205° y 384° del Código Penal.

Respecto de los delitos de falsificación o adulteración de documentación militar policial (art. 146°), certificación falsa (art. 147°), uso indebido de insignias y distintivos (art. 148°) y destrucción de documento militar (art. 149°), sostiene que preservan la fe pública, bien jurídico de carácter común y no propio de las Fuerzas Armadas. Refiere que el Código Penal, en los artículo 427°, 428° y 430°, previene también la tutela de la fe pública.

Por otro lado, el demandante sostiene que el Código de Justicia Militar ha tipificado como delitos conductas de mera infracción administrativa, pues los bienes jurídicos que buscan preservar no tienen relevancia constitucional que merezca protección por el derecho penal como delitos de función, contraviniendo los artículos 43°, 44°, 45°, 173° y 200° penúltimo párrafo de la Constitución. En tal sentido, alega que los delitos de ultraje a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (art. 82°), violación de consigna (art. 106°), abandono de puesto de vigilancia (art. 107°), omisión de aviso o repulsión (art. 108°), abandono de puesto (art. 109°), abandono de escolta (art.

110°), seguridad de las instalaciones y bienes (art. 111°), incapacidad voluntaria para el servicio (art. 115°), simulación (art. 116°), colaboración (art. 117°), cobardía (art. 119°), acto tendiente a agredir o amenazar (art. 122°), insubordinación (art. 124°), desobediencia (art. 126°), desobediencia por incumplimiento de itinerario (art. 127°), excusa indebida (art. 128°), desobediencia al servicio de seguridad (art. 129°), reformas sin autorización (art. 135°), daños a operaciones por culpa (art. 136°), comando negligente militar o policial (art. 138°) e información falsa sobre asuntos del servicio (art. 145°), no merecen tipificación como delitos de función.

En función de lo expuesto, el demandante sostiene que el legislador no tiene libertad absoluta respecto de la configuración de determinadas conductas como delitos de función, pues transgrediría el artículo 173° de la Constitución. Menciona, además, que el legislador, además de distanciarse de la interpretación constitucional del delito de función, se aleja, también, de lo que, respecto del mismo tema, sostiene la jurisprudencia constitucional comparada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República Peruana, así como destacados juristas nacionales, en donde se resalta que los elementos de configuración del delito de función son el sujeto activo, militar o policía en actividad; el bien jurídico afectado debe tener relevancia constitucional y ser propio de las fuerzas armadas o policiales; y, que la conducta prohibida sea realizada en ejercicio de las funciones militares o policiales.

#### *Respecto del principio de legalidad penal*

Argumenta que se transgrede el principio de legalidad, reconocido en el artículo 2°, numeral 24, literal d) de la Constitución, porque las conductas que se pretende prohibir tienen doble tipificación en el Código de Justicia Militar y en el Código Penal, lo cual genera como consecuencia inmediata que el sujeto imputado pueda ser juzgado por la supuesta comisión de un delito en la jurisdicción militar o en la ordinaria. Además, señala que en cuanto a dicha doble tipificación, el Tribunal Constitucional debe advertir la vulneración del principio de razonabilidad, pues la intención del legislador, al tipificar tipos penales comunes en el Código de Justicia Militar, es sustraer de la competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria a militares que han cometido delitos comunes.

#### **Contestación de la demanda**

El Procurador Público del Ministerio de Defensa, nombrado por Resolución Suprema N.º 020-2005-JUS, contesta la demanda solicitando que se declare infundada la demanda presentada por el Colegio de Abogados de Lima.

Sostiene, entre otros argumentos, que la necesidad constitucional de contar con un Código de Justicia Militar se desprende del artículo 173° de la Constitución, que señala que los delitos de función cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales deben ser juzgados conforme a un Código de Justicia Militar. Señala que el Código de Justicia Militar es parte del Derecho Militar, pues se basa en la propia misión de las Fuerzas Armadas respecto al cumplimiento de los fines que constitucionalmente se le han encomendado, conforme a su estructura y organización, la cual se rige por los principios de jerarquía, disciplina y en valores tradicionales de unidad, sentido del honor, patriotismo y lealtad. Además refiere que, conforme al texto constitucional, no se desprende que sólo aquellas conductas que afecten bienes jurídicos propios, únicos y exclusivos de las Fuerzas Armadas, deban ser tutelados por los delitos de función.

Alega que la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso presentó un Dictamen sobre el Decreto Legislativo N.º 961, en el que aseveró que dicho Decreto Legislativo cumplía con respetar los principios del Derecho Constitucional Penal.

Por otro lado, sostiene que con relación a la definición de delitos de función, el Tribunal Constitucional, cuando hace referencia a que las conductas tipificadas deben afectar bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses, no indica que dichos bienes sean únicos y exclusivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Así, cuando se habla de bienes jurídicos propios se hace alusión a las misiones que constitucionalmente se han otorgado a dichas instituciones, y que obligan directamente a sus miembros, lo que es distinto a la obligación que, respecto de la lealtad al Estado, a la preservación del orden interno y externo del Estado, le concierne a los demás funcionarios públicos y ciudadanos. Añade, que la parte demandante, al sostener que un interés compartido o un bien jurídico compartido no puede ser protegido a través de la tipificación de un delito de función, no toma en cuenta que las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional son deberes que interesan a todos los órganos del Estado y a los ciudadanos, pero que no por ello no pueden ser regulados por el Código de Justicia Militar.

Agrega, asimismo, que la parte demandante alega que la jurisdicción militar es inconstitucional y que, por tal motivo, tiene como objetivo desaparecer la justicia militar y, como consecuencia de ello, el Código de Justicia Militar.

Con relación a la alegada afectación del principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos, arguye que no se ha producido, pues el Decreto Legislativo, objeto de control en el presente proceso, se dio en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso para que el Poder Ejecutivo legisle el Código de Justicia Militar. Y que, al amparo de la delegación de facultades efectuada, el Poder Ejecutivo delegó en una Comisión del Ministerio de Justicia de conformación plural el debate y elaboración del proyecto del Decreto Legislativo en cuestión.

Argumenta que la tipificación de los delitos de función en el Código de Justicia Militar es totalmente distinta a la del Código Penal, pues establece distintos sujetos activos, distintos supuestos de configuración de los delitos. Agrega que la protección de dichos bienes jurídicos tienen mayor relevancia en las instituciones armadas o policiales, tomando en consideración que los bienes jurídicos tutelados están en estrecha relación con los principios de disciplina y jerarquía en la organización de las instituciones castrense y policial.

En relación con los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, sostiene que estos se concretan en tiempo de conflicto armado, y que en tales circunstancias los militares son juzgados en el Teatro de Operaciones, competencia de la jurisdicción militar, por lo que su regulación en el CJM da mayor garantía, lo cual se corrobora con la prohibición de la aplicación de amnistía, indulto u otro derecho de gracia (artículo 85º del CJM), debiéndose añadir que el Código Penal no ha previsto estos delitos.

Por otro lado, respecto de los delitos tipificados como delitos de función que han sido catalogados por la parte demandante como innecesarios pues no se vulnera un bien jurídico de relevancia constitucional, sino que sólo revestían meras infracciones administrativas, por lo que debía implementarse un sistema disciplinario acorde con dichas infracciones; el demandado señala que tales argumentos carecen de sustento objetivo, pues es imposible que, en abstracto, se determine que tales conductas no afecten bienes jurídicos castrenses. Asimismo, arguye que los demandantes no pueden considerar que las infracciones a los bienes jurídicos castrenses, como la

disciplina y la jerarquía en la organización de las instituciones armadas y policiales, son meras infracciones administrativas, pues tales bienes están en estrecha relación con los fines constitucionales que les fueron encomendados, así como las funciones respectivas.

Haciendo alusión al principio de legalidad, el demandado argumenta que no encuentra objeción alguna a que un mismo tipo penal sea previsto por el CJM y por el Código Penal, pues el elemento determinante es la configuración de delito de función, conforme al artículo 173º de la Constitución.

### **Informe de la Defensoría del Pueblo**

Con fecha 2 de agosto de 2006, la Defensoría del Pueblo pone a consideración del Tribunal Constitucional el Informe Defensorial 104, denominado “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961”.

## **IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES**

Este Colegiado estima que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar, debe centrarse en los siguientes temas:

- ¿Cuáles son los límites a la libertad de configuración de conductas delictivas o penas que posee el Legislador?
- ¿Cómo se configura el principio de proporcionalidad en materia penal?
- ¿Cuál es el contenido de la disposición constitucional que consagra el delito de función?
- ¿Las disposiciones que consagran los delitos contra la defensa nacional en el Código de Justicia Militar Policial (CJMP) protegen bienes jurídicos estrictamente militares?
- ¿Las disposiciones que consagran los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario en el CJMP protegen bienes jurídicos estrictamente militares?
- ¿Los bienes jurídicos protegidos por los delitos de incapacidad voluntaria para el servicio, simulación o colaboración con la incapacidad, deben ser necesariamente protegidos por el Derecho Penal, mediante el CJMP o pueden serlo por medios menos afflictivos, tales como aquellos que se relacionan con el Derecho Disciplinario?

## **V. FUNDAMENTOS**

### **§1. La constitucionalización del sistema punitivo y los límites al legislador penal**

#### **1. El sistema punitivo en el marco de la Constitución**

1. La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del

Legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho Penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. Si bien las referidas ideas fundamentales se presentaban inicialmente como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo en las Constituciones y en los Códigos Penales con diversa amplitud y precisión<sup>[1]</sup>.

#### *Garantías sustanciales y procesales de la Constitución*

2. Hoy en día no es materia de debate o controversia que la Constitución sea considerada como la norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, y que garantice la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto se deriva del pueblo, no se imponga inevitablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. En tanto norma jurídica, la Constitución posee en la actualidad un contenido dispositivo compuesto por valores, principios y derechos fundamentales capaz de vincular a todo poder público, a los particulares y a la sociedad en su conjunto.
3. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional supuso, entre otras cosas, “(...) superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo”<sup>[2]</sup>.
4. En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución de 1993 ha establecido, en lo que se refiere a la actividad punitiva del Estado, determinadas exigencias no sólo de orden material, sino también de orden procesal.

Dentro de los primeros, las garantías materiales, destacan nítidamente: **a)** el principio de legalidad penal (artículo 2º, inciso 24, apartado “d”); **b)** el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3º y 43º), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º inciso 1); **c)** el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo 200º); **d)** el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139º inciso 9); **e)** la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139º inciso 11); **f)** el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139º.12); **g)** el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139º inciso 8); **h)** el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103º); y **i)** el derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2º, inciso 24 apartado “e”), entre otras.

Dentro de las segundas, las garantías procesales, destacan: **a)** los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139º inciso 3); **b)** la publicidad de los procesos (artículo 139º inciso 4); **c)** el derecho a la

motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139º inciso 5); **d)** el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139º inciso 6); **e)** la prohibición de revivir procesos feneidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (artículo 139º inciso 13); **f)** el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139º inciso 14); **g)** el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139º inciso 15); entre otras.

Más allá de estas garantías procesales constitucionales antes mencionadas, el Tribunal Constitucional, conforme a sus atribuciones constitucionales, ha identificado otras garantías también de naturaleza procesal, así por ejemplo: **a)** el derecho a un juez independiente e imparcial<sup>[3]</sup>; **b)** el derecho al libre acceso a la jurisdicción<sup>[4]</sup>; **c)** el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva<sup>[5]</sup>; **d)** el derecho a la prueba<sup>[6]</sup>; **e)** el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas<sup>[7]</sup>; **f)** el principio *non bis in idem*<sup>[8]</sup>; **g)** el principio de igualdad procesal de las partes<sup>[9]</sup>; **h)** el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales<sup>[10]</sup>; entre otras garantías.

5. La existencia de este amplio conjunto de garantías materiales y procesales, que en todos los casos deben ser respetadas por el Legislador, limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso. En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. Tanto el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, sólo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución.

*El ius puniendi en el Estado social y democrático de derecho*

6. Además de los derechos y principios constitucionales antes mencionados, existe un principio que dada su configuración resulta de ineludible atención por parte del Estado cuando ejerce el *ius puniendi*. Se trata del principio del Estado social y democrático de derecho. Como tal, este principio se encuentra consagrado, entre otras disposiciones, en los artículos 3º y 43º de la Constitución. Se sustenta en los principios básicos de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales.

El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca.

7. Como lo ha sostenido este Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, el

(...) Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado. Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de

elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3º de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. [FJ 13]

8. En cuanto a la pena, cabe precisar que siendo ésta uno de los principales instrumentos que utiliza el Estado para exigir el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico, su función no puede encontrarse desvinculada de la función que a su vez cumple el Estado. De este modo, como lo sostiene Mir Puig, se puede afirmar que existe una vinculación axiológica entre la función de la pena y la función del Estado y que “No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que grava todo el sistema (teleológico) de la Parte general del Derecho penal”.<sup>[11]</sup>
9. En un Estado social y democrático de derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona. Conforme a ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros.
10. Lo antes expuesto exige precisar cuáles son los fines de la pena en el Estado democrático y social de derecho. Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0019-2005-PI/TC, que “(...) las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada. En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en “(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)” (artículo 44º de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución). Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su

proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución)". [FJ 40]

11. Es preciso destacar, sin embargo, continúa el Tribunal en la referida sentencia,

(...) que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer "a toda costa" la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material. Es más, ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva (...). En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho [FFJJ 41-42].

12. De este modo, el Estado no puede desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes; es decir, no puede desnaturalizar los fines de la pena.

13. Si bien los fines de la pena en el Estado social y democrático de derecho deben ser respetados por el Poder Jurisdiccional, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (cuando legisla por delegación), conviene ahora verificar los límites de actuación del Poder Legislativo, en cuanto principal órgano en la configuración de la política criminal del Estado.

## **2. Los límites a la libertad de configuración legislativa de conductas punibles y penas**

14. Conforme a lo antes expuesto, en el Estado democrático y social de derecho el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionadas, dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado.

15. Ello, sin lugar a dudas, no implica que la Norma Fundamental haya previsto de modo completo y detallado los contenidos del Derecho Penal, pues tal cometido sería de difícil realización. Por ello, el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de una «discrecionalidad relativa», según la cual posee un determinado nivel de autonomía, pero, a diferencia de la discrecionalidad absoluta

que poseía en el Estado Legal de Derecho, se encuentra vinculado por las mencionadas garantías, así como por los principios y valores de la Constitución.

16. En efecto, si bien ha sido común entender que el Legislador penal, en función al contexto social y dentro de la política criminal del Estado, gozaba de la más absoluta discrecionalidad para establecer qué conductas debían resultar punibles, cuáles debían ser las penas que correspondían a estas conductas, cuáles podían ser las circunstancias agravantes o cuáles las atenuantes de las conductas penalizadas, entre otros aspectos, hoy en día, debido a la fuerza vinculante de la Constitución, el Legislador ve disminuida su discrecionalidad debido a la consagración constitucional de garantías tales como el principio de legalidad penal, el principio de igualdad, el principio de lesividad o el ya mencionado principio de proporcionalidad. Así por ejemplo, en la tipificación de conductas el Legislador se encuentra prohibido de discriminar a las personas cuando tipifica determinadas conductas; asimismo, cuando determina los límites máximos o mínimos de la pena, no puede establecer penas que resulten desproporcionadas respecto del ilícito cometido.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia, en criterio que comparte este Colegiado, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) e igualmente modifica el procedimiento, y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal y del proceso penal<sup>[12]</sup>.

De igual modo, respecto de la libertad de configuración legislativa de conductas punibles y penas, y su relación con el principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional de España, en criterio que este Colegiado comparte, ha sostenido que El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir (...) de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo». En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, *dentro de los límites establecidos en la Constitución*, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...»).<sup>[13]</sup>

Precisamente, teniendo en cuenta las disposiciones cuestionadas en el presente proceso de inconstitucionalidad, conviene ahora desarrollar algunos de los referidos principios que funcionan como garantías materiales de la Constitución.

### **3. El principio de legalidad en materia sancionatoria**

17. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución, mediante la siguiente fórmula: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...”). Asimismo, ha sido recogido por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11º, numeral 2), la Convención Americana sobre Derechos

Humanos (artículo 9º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15º).

18. En cuanto al principio de legalidad penal, este Colegiado ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2758-2004-HC/TC que:

(...) se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

(...) Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

19. Si bien hace un siglo, aproximadamente, la ley penal, según Franz von Liszt, se constituía en la «Carta Magna del delinquente», considerando que, como consecuencia del principio de legalidad, “la ley no sólo es la fuente del derecho a castigar, sino, asimismo, su límite □y que□ No garantiza sólo la defensa de los ciudadanos ante los criminales, sino también de éstos frente al poder del Estado”<sup>[14]</sup>, hoy en día se puede sostener, por influencia del constitucionalismo, que el principio de legalidad penal se constituye en la «Carta Magna del ciudadano<sup>[15]</sup> que se ve sometido a un proceso», y que toda restricción de su contenido vulnerará principalmente derechos fundamentales.

20. El principio de legalidad penal se expresa en exigencias dirigidas tanto al legislador como a los tribunales de justicia. Ciertamente opera, en primer lugar, frente al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador, y no al Juez.

21. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que

(...) En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que

afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad.<sup>[16]</sup>

22. Como tal, el principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).
23. Conforme a la exigencia de *lex praevia*, el principio de legalidad penal prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo, claro está, cuando beneficie al reo. Así lo establece el artículo 103° de la Constitución, según el cual “(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...”).
24. Conforme a la exigencia de *ley stricta*, el principio de legalidad penal prohíbe el uso de la analogía. Así lo establece el artículo 139° inciso 3 de la Constitución, según el cual, “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.
25. En cuanto a la exigencia de *lex certa*, cabe precisar, conforme lo ha sostenido este Colegiado en la sentencia recaída en el caso de la Legislación Antiterrorista (Expediente N.º 0010-2002-AI/TC), que el principio de legalidad penal exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “expresa e inequívoca”,

(...) El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Esta exigencia de “lex certa” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad (...).

El grado de indeterminación será inadmisible, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos<sup>[17]</sup>.
26. En cuanto a la exigencia de *lex scripta*, el principio de legalidad consagra a la ley como única base para la incriminación de comportamientos e imposición de penas, proscribiendo, entre otros aspectos, fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario.

#### **4. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos**

27. Como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como ilícita, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional.<sup>[18]</sup> Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional de España, en criterio que comparte este Colegiado,

“(...) ha de considerarse necesario (...) que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho”.<sup>[19]</sup>

28. Al respecto, Carbonell Mateu refiere que

Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional.<sup>[20]</sup>

29. De este modo, dentro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario, entre otros, sino también que la actividad punitiva del Estado sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes.

30. i bien en la identificación de los niveles de protección de los bienes constitucionalmente relevantes es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes, también lo es evaluar, dentro de esta dañosidad social, que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad.

Como afirma Luzón Peña, los bienes jurídicos son “condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en

cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica”<sup>[21]</sup>.

## 5. El principio de proporcionalidad como límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal

31. El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad.
32. Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal.

El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por parte de los poderes públicos cuando pretendan limitar un derecho fundamental, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si la medida estatal es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal. Veamos con más detalle las referidas exigencias del principio de proporcionalidad:

*Examen de idoneidad.* Este examen a su vez, exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin.

En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación va a ser uno de los ámbitos en los que se va a manifestar el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad.

En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico, justifican que este bien sea *merecedor* de protección por parte de Estado.

Sobre lo segundo, este Colegiado ha sostenido que “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el Legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin”<sup>[22]</sup>.

*Examen de necesidad.* Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental”<sup>[23]</sup>.

En materia penal, el examen de necesidad exige que el Legislador estime, ineludiblemente, el carácter *fragmentario* del Derecho Penal. Al respecto, cabe precisar que aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida.

En efecto, el Derecho Penal debe ser utilizado para reprimir las violaciones más graves. Como sostiene Hurtado Pozo,

(...) el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a éste medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sea alcanzable mediante otras previsiones (...) Para que el derecho penal no sufra una hipertrofia engendrando las situaciones que busca evitar, para que el remedio no sea peor que el mal combatido, la represión penal debe intervenir sólo en la medida en que se necesaria y si es conforme al objetivo perseguido.<sup>[24]</sup>

Así también, respecto del juicio de necesidad de pena, Caro Coria sostiene que

obedece a criterios de utilidad o rendimiento social de modo que, previo al paso de la intervención penal, es ‘necesario’ evaluar la eficacia de otros medios menos lesivos. Se trata de proteger los bienes jurídicos al menor coste social posible, si en el caso concreto se aprecia como suficiente recurrir al control administrativo o del Derecho Civil, entonces no existirá necesidad de instrumentar una medida tan drástica como la pena (...) es necesario articular el juicio de necesidad de pena con la misión del DP [Derecho Penal], en concreto con los fines de la pena que (...) están vinculados a la función motivadora en el marco de la necesidad de prevención general negativa, limitada por los fines de la prevención especial y el principio de proporcionalidad. En consecuencia, hay necesidad de pena solo si los medios extrapenales son incapaces de dispensar una adecuada protección al bien jurídico y siempre que la pena sea útil para motivar la inhibición de las conductas que lo lesionan o ponen en peligro gravemente.<sup>[25]</sup>

De este modo, en el Estado Constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tan preciado como la libertad individual, sólo debe ser utilizado cuando no funcionen ya otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, o de otras especialidades del ordenamiento jurídico). En otros términos, antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración de los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

*Examen de proporcionalidad en sentido estricto.* Este subprincipio exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda.

33. De este modo, el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo indispensable que deberá tener en cuenta, entre otros, el legislador penal cuando pretenda limitar los derechos fundamentales o establecer sanciones, así como el juez penal cuando al aplicar la ley determine la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que corresponda en cada caso concreto. En ambos casos, las decisiones adoptadas, ya sea legislativa o judicial, deben resultar idóneas, necesarias y ponderadas respecto de la conducta que ponga en peligro o lesione el bien jurídico protegido.

Como sostiene Hassemer, se puede afirmar que el principio central en un Derecho de la intervención como es el derecho penal, es el de proporcionalidad de las intervenciones, que deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso.<sup>[26]</sup>

## **§2. El contenido constitucional de la disposición que consagra el delito de función. El análisis «conjunto» de las características básicas de este delito**

34. El artículo 173º de la Constitución establece que “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar (...).” La referida disposición constitucional ha establecido que la única materia que puede conocer el Código de Justicia Militar se encuentra limitada al conocimiento de los delitos relacionados estricta y exclusivamente con conductas de índole militar que afectan bienes jurídicos que la Constitución le ha encomendado proteger a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
35. Al respecto, cabe mencionar, conforme a la interpretación que exige realizar la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado reiteradamente sobre el delito de función militar, siendo determinados casos del Estado peruano los que han servido de base para estos pronunciamientos. Así, en los casos Castillo Petruzzi vs. Perú y Cantoral Benavides vs. Perú, la Corte sostuvo lo siguiente:

La Corte considera que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta

dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias (...) Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.<sup>[27]</sup>

En el caso Durand y Ugarte vs. Perú, la Corte sostuvo que

En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

En el presente caso los militares encargados (...) hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no.<sup>[28]</sup>

36. En el ordenamiento jurídico interno, en cuanto al contenido constitucional del referido artículo 173°, básicamente en lo que se refiere al delito de función, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2003-AI/TC que

El delito de función se define como “aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”.

Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico “privativo” de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad.

Dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. La tutela anteriormente señalada debe encontrarse expresamente declarada en la ley.

Entre las características básicas de los delitos de función se encuentran las siguientes:

A). En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de "función" o "militar", es preciso que:

i. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).

Por ende, no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona.

ii. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

B). En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

C). En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

37. Teniendo en cuenta la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el caso Pomatanta Albarrán, al dirimir una contienda de competencia promovida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar contra el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, declaró lo siguiente:

**Cuarto.-** (...) es de precisar desde ya, a partir de una noción estricta de la denominada "garantía criminal" -consagrada en el artículo dos, numeral veinticuatro, literal d) de la Constitución-, que la jurisdicción castrense no puede extender su competencia para conocer delitos o tipos penales no previstos taxativamente en el Código de Justicia Militar, de modo que sólo le está permitido acudir en vía supletoria a la legislación penal común, sin perjuicio de la aplicación de los principios propios del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho (...).

**Sexto.-** (...) es pertinente puntualizar lo siguiente: a) que el delito de función es una noción subjetivo-objetivo, en tanto no protege un interés

militar o policial del Estado como tal, sino ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) que se trata de un delito de infracción del deber, en tanto que en este ilícito, por exigencia constitucional, el autor sólo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho penal -concretamente en el Derecho administrativo- y que se muestra a través del tipo penal, vale decir, sólo puede ser cometido por quien ostenta una posición de deber determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; c) que es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena; d) que si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de función, cuya sede normativa es el Código de Justicia Militar, entonces, cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función, en tanto que el deber es propio, inherente y exclusivo de ambas instituciones, de suerte que estas son, a final de cuentas, el sujeto pasivo de la infracción penal (...)".

38. A lo antes expuesto, deben agregarse las siguientes precisiones:

- a) Teniendo en cuenta que el Poder Constituyente ha circunscrito al Código de Justicia Militar únicamente la consagración de aquellas normas penales que contengan los delitos de función, la interpretación de la expresión «delito de función» debe realizarse de modo «restrictivo» y no «extensivo». En efecto, en la interpretación que realicen tanto el Legislador Penal como los jueces sobre si una determinada conducta debe ser considerada como un delito de función militar o policial, o un delito ordinario, debe emplearse un criterio restrictivo, es decir, limitado o ceñido exclusivamente a aquellas *conductas que claramente tengan una índole militar o policial debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional*, de modo tal que, de un lado, de existir dudas en cuanto a la tipificación de una determinada conducta como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas debe resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria; y, de otro lado, de existir dudas en cuanto a la interpretación de si una determinada conducta constituye o no delito de función (en el caso del juzgador), tales dudas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario y por lo tanto susceptible de ser conocido por la jurisdicción ordinaria.
- b) En cuanto a la identificación de un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, se requiere, como ya se ha sostenido, que éste sea un bien jurídico particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines que la Constitución asigna a las instituciones castrenses.

A lo antes expuesto, cabe precisar, adicionalmente, que existen escasos bienes jurídicos, como *algunos contenidos* de la defensa nacional (que tiene también un ámbito militar conforme se desprende de los artículos 163º y 165º de la Constitución), que pueden ser afectados tanto por civiles como por militares, por lo que son susceptibles de ser protegidos tanto en el Código Penal (en el caso de los civiles) como en el Código de Justicia Militar (en el caso de los militares), debiendo resaltarse, en este último caso, que la afectación de aquel contenido del bien jurídico defensa nacional debe haberse

producido en ejercicio de funciones exclusivamente militares. La razón de ser de las fuerzas armadas es fundamentalmente la defensa militar del Estado Constitucional.

Asimismo, cabe descartar de plano, por inconstitucional, aquellas interpretaciones, que teniendo en cuenta el criterio expuesto en el párrafo precedente, argumenten, por ejemplo, que un bien jurídico como la «vida» pueda ser susceptible de protección mediante el Código de Justicia Militar, pues en este caso este bien jurídico no constituye un bien institucional, propio o particular de las Fuerzas Armadas, ni la Constitución ha establecido un encargo específico a su favor, tal como ocurre con algunos contenidos del bien jurídico defensa nacional. De este modo, el bien jurídico vida no pueden ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria.

De acuerdo a lo antes expuesto y conforme se desprende del artículo 173º de la Constitución, no son delitos de función y, por lo tanto, no son susceptibles de protección mediante el Código de Justicia Militar, bienes jurídicos tales como los derechos fundamentales. En efecto, derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la igualdad, la libertad sexual, el honor, la intimidad, entre otros, no constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por lo que deben ser protegidos por la legislación ordinaria. Para que se configure un delito de función no basta con que la conducta prohibida sea realizada por efectivos militares *en actividad y en acto del servicio o con ocasión de él*, sino principalmente que tal conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses.

- c) Conforme al aludido artículo 173º de la Constitución que establece que “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar”, existe, por exigencia de la propia Norma Fundamental, un ámbito de competencia material según el cual, únicamente los delitos de función pueden ser regulados en el Código de Justicia Militar. No obstante, de esta misma disposición constitucional se desprende un sentido interpretativo según el cual códigos, como por ejemplo el Código Penal, no pueden regular los delitos de función de los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

De este modo, cuando el artículo 46-A del Código Penal establece que “Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público (...)", debe entenderse que la referencia hecha a los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional es respecto de aquellos actos que no constituyen delito de función, pues en tal caso es de aplicación el Código de Justicia Militar.

### **§3. Examen de constitucionalidad del Código de Justicia Militar Policial**

39. Antes de proceder al examen de constitucionalidad, es conveniente precisar que el pronunciamiento que aquí efectúa el Tribunal Constitucional se va a restringir básicamente a aquellas cuestiones planteadas por la demandante, por lo que sólo constituirá cosa juzgada aquella decisión del Tribunal, ya sea estimatoria o desestimatoria, sobre las materias cuestionadas en el presente proceso de inconstitucionalidad o sobre aquellas que este Colegiado haya decidido pronunciarse debido a la conexidad con tales materias.

## 6. El control de las disposiciones que consagran el delito de traición a la patria

40. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 66° y 67° del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial (CJMP), que establecen lo siguiente:

### Artículo 66.- Traición a la Patria

Será sancionado con pena no menor de treinta años y hasta cadena perpetua, el militar o policía, que durante conflicto armado internacional cometa alguna de las acciones siguientes:

1. Tomar las armas contra el Perú o sus aliados o formar parte en la organización militar del enemigo.
2. Inducir a personal militar o policial para pasarse al enemigo o favorecer dicha acción.
3. Colaborar estratégicamente, favoreciendo al enemigo o intentando favorecerlo, perjudicando la defensa nacional en los siguientes casos:
  - a. Entregando tropas, territorio, plaza, puesto o posición, construcción, edificio, armamento o cualquier otro recurso humano o material de la defensa o induciendo u obligando a otro a hacerlo.
  - b. Inutilizando, impidiendo o entorpeciendo el funcionamiento o utilización, de forma temporal o permanente, de cualquier recurso o medio necesario para la defensa nacional que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
  - c. Proporcionando al enemigo, potencia extranjera u organismo internacional, cualquier información, procedimiento, asunto, acto, documento, dato u objeto cuya reunión o explotación sirva para tal fin.
  - d. Proporcionando información falsa u omitiendo la exacta respecto del enemigo que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
  - e. Difundiendo noticias desmoralizadoras o ejecutando cualquier acción derrotista, entre el personal militar o la población que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
  - f. Sosteniendo inteligencia con el enemigo.
  - g. Negándose a ejecutar o dejando de cumplir, parcial o totalmente, una orden militar o alterándola arbitrariamente que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
4. Conspirar o inducir para que otro Estado extranjero entre en guerra contra el Perú.
5. Ejecutar cualquier acto dirigido a favorecer las operaciones militares del enemigo o a perjudicar las operaciones de las fuerzas armadas peruanas. (...)

### Artículo 67.- Traición a la Patria en tiempo de paz

Los supuestos del artículo anterior, en los casos que no exista guerra exterior, ni conflicto armado internacional, serán sancionados con pena privativa de la libertad no menor de veinte años, con la accesoria de inhabilitación.

### *Argumentos de la demandante*

41. La demandante refiere que los referidos tipos penales “no pueden ser considerados delitos de función, pues los bienes jurídicos afectados son el propio Estado y la defensa nacional, y particularmente el deber de fidelidad que el ciudadano tiene para con la Patria; intereses jurídicos que no son exclusivos ni

únicos de las Fuerzas Armadas, y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, ya sea funcionario público o no”.

Sostiene, además, que una prueba de que estos delitos son delitos comunes es que los tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 325° al 334° del Código Penal (Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, Capítulo I Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria).

#### *Argumentos del demandado*

42. El demandado sostiene que “Los hechos o preceptos previstos en el Art. 66° del Código de Justicia Militar Policial, no están previstos en el Art. 325° del Código Penal, pues los primeros se refieren a hechos que sólo pueden efectuar quien ejerce autoridad militar: tomar armas entregadas por el Estado, entregando tropas bajo su mando, transmitiendo información adquirida en razón a su función, para luego entregarla al enemigo. En consecuencia (...) los preceptos y sanciones son totalmente diferentes, tanto en sus contenidos en los Arts.66° y 67° del Código de Justicia Militar, con respecto a los Arts. 325° al 330° del Código Penal”.

Asimismo, refiere que “La Defensa Nacional y los deberes con la patria, son intereses que se manifiestan con mayor incidencia en los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Sin duda, la Traición a la Patria en el caso de los militares, es una cuestión de indudable trascendencia para la seguridad del país: la función de los militares en este sentido se diferencia de la de cualquier ciudadano u otro funcionario público”.

#### *Consideraciones del Tribunal Constitucional*

43. Este Colegiado advierte que la cuestión a dilucidar no radica en verificar si el bien jurídico principalmente protegido mediante las disposiciones cuestionadas (la defensa nacional) tiene relevancia constitucional o no, pues ello resulta evidente si se tiene cuenta, entre otras previsiones, que el artículo 163° de la Constitución establece que “El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley”. Antes bien, la cuestión a dilucidar gira en torno a si las normas penales cuestionadas que protegen este bien jurídico -que puede ser afectado por cualquier persona, sea militar o no-, pueden ser consideradas como delito de función.
44. En tal sentido, es importante precisar que sobre el bien jurídico “defensa nacional”, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “de acuerdo con el mencionado artículo 163° de la Constitución, la Defensa Nacional es integral y permanente; por tanto, involucra al conjunto de acciones y previsiones que permiten la subsistencia y permanencia del Estado, incluyendo su integridad, unidad y facultad de actuar con autonomía en lo interno, y libre de subordinación en lo externo, posibilitando que el proceso de desarrollo se realice en las mejores condiciones (...). Es “integral” porque abarca diversos campos, como el económico, político, social, cultural, *militar*, etc.; y “permanente”, debido a que se trata de una actividad constante que se relaciona con sus sentidos preventivo y represivo”<sup>[29]</sup> [énfasis agregado].
45. Como se aprecia, dentro de este conjunto de acciones y previsiones que involucra la defensa nacional se encuentran ámbitos como el militar, por lo que en casos de conflicto armado internacional, se manifiesta con mayor intensidad un bien jurídico

como *la defensa militar de la Nación*, el mismo que, al encontrarse relacionado con el potencial bélico de nuestras Fuerzas Armadas, puede ser protegido mediante la consagración de los delitos de función. De hecho, en situaciones de conflicto armado internacional, son los miembros de las Fuerzas Armadas quienes, dentro de las funciones que le asigna la Constitución, se encuentran obligados a garantizar la subsistencia y permanencia del Estado. De tal modo, en este caso específico, algunos contenidos de la defensa nacional se configuran también como bienes jurídicos directamente vinculados con las funciones de las Fuerzas Armadas –y excepcionalmente de la Policía Nacional-, por lo que tales contenidos son susceptibles de ser protegidos mediante las respectivas normas penales del Código de Justicia Militar.

46. Seguidamente, cabe examinar el cuestionado inciso 1) del artículo 66° del CJMP, que establece que “Será sancionado con pena no menor de treinta años y hasta cadena perpetua, el militar o policía, que durante conflicto armado internacional cometía alguna de las acciones siguientes: 1. Tomar las armas contra el Perú o sus aliados o formar parte en la organización militar del enemigo”. Mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que participando en un conflicto armado internacional (*en acto de servicio o con ocasión de él*), tome las armas contra el Perú o sus aliados o integre una organización militar enemiga, afectando la defensa nacional (*bien jurídico que contiene algunos ámbitos relacionados con la función militar y que compromete las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, según los artículos 163°, 165° y 166° de la Constitución*). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución.
47. Respecto de los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 66° y del artículo 67° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y en relación a las cuestiones planteadas en la demanda, el Tribunal Constitucional estima que no contravienen el artículo 173° de la Constitución.
48. De otro lado, conviene ahora examinar si las referidas normas penales vulneran el principio de legalidad penal establecido en el artículo 2°, inciso 24, apartado “d” de la Constitución.

En efecto, la demandante ha sostenido que en el caso de normas penales como las aquí cuestionadas, “(...) estamos frente a un mismo hecho pero regulado bajo dos tipos penales distintos. Con el agravante de que ello posibilitaría que, de forma indistinta, la misma acción pudiera ser subsumida en cualquiera de los tipos penales y, en consecuencia, juzgada por los tribunales castrenses o por la justicia ordinaria”.

49. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que en el presente caso las disposiciones cuestionadas no vulneran el principio de legalidad penal, toda vez que, conforme ya se ha sostenido, cuando el artículo 46-A del Código Penal hace referencia a los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, debe entenderse respecto de aquellos actos que no constituyen delito de función, pues como se desprende del artículo 173° de la Constitución, sólo el Código de Justicia Militar puede contener los denominados delitos de función militar. Por tanto, no se aprecia la existencia de dos tipos penales (uno en el Código Penal y otro en el Código de Justicia Militar) que a la vez sean susceptibles de ser aplicados a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

## **7. El control de las disposiciones que consagran los delitos de rebelión, sedición, motín y derrotismo**

50. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 68°, 70°, 71°, 72°, 73°, 74°, 75°, y 76° del CJMP, que establecen lo siguiente:

### **Artículo 68.- Rebelión de personal militar policial:**

Comete delito de rebelión el personal militar policial, que en forma colectiva, se alza en armas para:

1. Alterar o suprimir el régimen constitucional.
  2. Impedir la formación, funcionamiento o renovación de las instituciones fundamentales del Estado.
  3. Separar una parte del territorio de la República,
  4. Sustraer a la obediencia del Gobierno a un grupo, fuerza o parte de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.
- Será reprimido con pena privativa de libertad de cinco a quince años, con la pena accesoria de inhabilitación.

### **Artículo 70.- Sedición**

Comete delito de sedición el militar o policía que tome las armas, en forma colectiva, para:

1. Impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción.
2. Incumplir una orden del servicio
3. Deponer a la autoridad, bajo cuyas órdenes se encuentren o impedir el ejercicio de sus funciones.
4. Participar en algún acto de alteración del orden público.

Será reprimido con pena privativa de libertad de tres a diez años, con la pena accesoria de inhabilitación.

### **Artículo 71.- Motín**

Comete delito de motín el militar o policía, que en forma tumultuaria:

1. Se resiste o se niega a cumplir una orden de servicio
  2. Exige la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectuar cualquier reclamación.
  3. Ocupa indebidamente una instalación, medio de transporte o lugar sujeto a autoridad militar o policial en detrimento de una orden superior o de la disciplina.
- Será reprimido con pena privativa de libertad de uno a cinco años

### **Artículo 72.- Negativa del militar o policía a evitar rebelión, sedición o motín**

No evitar la perpetración de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo, cuando se cuente con los medios necesarios para hacerlo, será reprimido con pena privativa no mayor de la mitad del máximo señalado para el delito que se perpetra

### **Artículo 73.- Colaboración con organización ilegal**

El militar o policía que instruye o dota de material bélico a cualquier grupo armado no autorizado por la ley, organización delictiva o banda, o colabora con ellos, aprovechando su función militar policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.

### **Artículo 74.- Falsa Alarma**

El militar o policía que cause falsa alarma en conflicto armado, confusión o desorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, que cause grave daño o afecte la operación militar o policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho años ni mayor de quince años.

#### Artículo 75.- Derrotismo

El militar o policía que con el fin de denigrar una guerra en la que intervenga el Perú, realice públicamente actos o profiera palabras de desprecio contra la misma, su condición o las operaciones bélicas o bien contra las fuerzas armadas peruanas; y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años.

#### Artículo 76.- Conspiración del personal militar policial.

El militar o policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar.

#### *Argumentos de la demandante*

51. La demandante refiere que los referidos tipos penales “no pueden ser considerados delitos de función, pues los bienes jurídicos afectados son los poderes del Estado y el orden constitucional, es decir, la organización política y social, así como la seguridad del funcionamiento y desarrollo de dicha organización. En suma: el normal ejercicio del régimen establecido constitucionalmente”.

Asimismo, refiere que “Tipos penales de estas características no guardan conexión alguna con los fines que deben cumplir las Fuerzas Armadas según la Constitución. Por lo mismo, tales intereses jurídicos no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Finalmente, aduce que estos delitos comunes se encuentran previstos en los artículos 346° y 350° del Código Penal.

#### *Argumentos del demandado*

52. El demandado ha sostenido que los bienes referidos son del mayor interés de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: “que cualquier Personal militar o Policial de tales instituciones realicen cualquiera de tales conductas, es posible de acarrear un grave daño para el país. Es decir, las consecuencias que un militar o policía puede ocasionar a partir de la comisión de tales delitos, son considerablemente diferentes de las que correspondería a un civil. Es lógico que su responsabilidad, por las misiones constitucionales encomendadas, es diferente de la de cualquier civil u otro funcionario del Estado”.

#### *Consideraciones del Tribunal Constitucional*

53. En cuanto a la relación existente entre defensa nacional y seguridad interna, el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta el extremo del artículo 163° de la Constitución que establece que la defensa nacional se desarrolla “en los ámbitos

interno y externo", ha sostenido que "mediante la 'defensa interna' se promueve y asegura el ambiente de normalidad y tranquilidad pública que se requiere para el desarrollo de las actividades y esfuerzos concurrentes a la obtención del bienestar general en un escenario de seguridad. Asimismo, supone la realización de acciones preventivas y de respuesta que adopta el gobierno permanentemente en todos los campos de la actividad nacional, para garantizar la *seguridad interna del Estado*. Esa seguridad puede verse afectada por cualquier forma de amenaza o agresión que tenga lugar dentro del territorio nacional, sea que provengan del interior, exterior, de la acción del hombre o, incluso, de la propia naturaleza. El fin de las actividades de defensa interna es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales"<sup>[30]</sup> [énfasis agregado].

54. Dentro de las actividades que deben garantizar la seguridad interna se encuentran actividades tales como las que desempeñan los Poderes del Estado, los gobiernos locales y regionales, así como los efectivos policiales, y, en lo que se refiere al artículo 137° de la Constitución, también los efectivos militares, entre otros. En efecto, en el ejercicio de las funciones que le asigna la Constitución, tales instituciones deben prevenir y responder cualquier amenaza o agresión que impida el normal desarrollo interno de la actividad estatal.
55. Seguidamente, cabe examinar el cuestionado inciso 1) del artículo 68° del CJMP, que establece que "Comete delito de rebelión el personal militar policial, que en forma colectiva, se alza en armas para: 1. Alterar o suprimir el régimen constitucional".
56. Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en forma colectiva y *en acto del servicio o con ocasión de él*, se alce en armas para alterar o suprimir el RÉGIMEN CONSTITUCIONAL (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional*). En efecto, cuando se consagra como delito de función la conducta de un militar o policía que alzándose en armas busca alterar o suprimir el régimen constitucional, no se está buscando proteger un bien jurídico propio y particular de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, ni se está afectando la defensa militar de la Nación, sino antes bien se busca proteger un bien jurídico como el régimen constitucional, es decir, un régimen en el que existe un control efectivo de los poderes del Estado y existe una vigencia efectiva de los derechos fundamentales, entre otros aspectos, y que por lo tanto, por no ser un bien jurídico estrictamente castrense, debe ser protegido mediante la legislación penal común, tal como efectivamente sucede pues el artículo 346° del Código Penal lo siguiente: "El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, depone al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y expatriación", siendo de aplicación además los artículos 46-A y 353° del Código Penal, que establecen, respectivamente, que "Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. En estos casos el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido (...)", y "Los funcionarios, servidores públicos o miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, que sean culpables de los delitos

previstos en este Título, serán reprimidos, además, con inhabilitación de uno a cuatro años conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 8”..

57. En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.
58. Respecto de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 68°, incisos 1 y 4 del artículo 70°, y el extremo del artículo 75° del CJMP que establece “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”, por idénticas razones a las expuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional estima que contravienen el artículo 173° de la Constitución, por lo que resultan inconstitucionales.
59. En el caso del artículo 70° del CJMP: “Incumplir una orden del servicio”, éste no resulta inconstitucional siempre y cuando se entienda, conforme al artículo 173° de la Constitución, que quien dicta la orden sea una autoridad militar.
60. Por otra parte, cabe examinar el artículo 74° del CJMP. Mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en un conflicto armado o en donde las fuerzas armadas estuvieren presentes (*en acto de servicio o con ocasión de él*), cause falsa alarma o confusión o de orden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, respectivamente, causando grave daño o afectando la operación militar o policial, afectando el orden militar y la defensa nacional en conflicto armado(*bienes jurídicos que contienen un componente estrictamente militar y que comprometen las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, según los artículos 163°, 165° y 166° de la Constitución*). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución.
61. Respecto de los artículos 71°, 72° y 76° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y en relación a las cuestiones planteadas en la demanda, el Tribunal Constitucional estima que no contravienen el artículo 173° de la Constitución.

## **8. El control de las disposiciones que consagran los delitos de infidencia y posesión no autorizada de información**

62. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 78°, 79° y 80° del CJMP, que establecen lo siguiente:

### **Artículo 78.- Infidencia**

El militar o policía que se apropiá, destruya, divulgue o publique, de cualquier forma o medio, sin autorización, o facilite información clasificada o de interés militar o policial, que manifiestamente perjudique o ponga en grave peligro la defensa nacional, orden interno o seguridad ciudadana, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación.

### **Artículo 79.- Posesión no autorizada de información**

El militar o policía, que en conflicto armado internacional, posee y obtiene sin autorización, información clasificada o de interés militar, sin

áximo de entregar al enemigo o potencia extranjera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cinco años.

#### Artículo 80.- Infidencia culposa

El militar o policía que por culpa, destruye, divulga, dejar sustraer, extravía o permite que otros conozcan información clasificada o de interés militar, que manifiestamente perjudiquen o pongan en grave peligro la defensa nacional, orden interno o seguridad ciudadana, confiada a su custodia, manejo o cargo; será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

#### *Argumentos de la demandante*

63. La demandante refiere que estos tipos penales no pueden ser considerados como delitos de función, pues los bienes jurídicos son el propio Estado y la defensa nacional, y específicamente la defensa de la seguridad del Estado contra actos de violación de sus secretos, intereses jurídicos que definitivamente no son propios de las Fuerzas Armadas y que pueden ser afectados por cualquier ciudadano, ya sea funcionario público o no.

Asimismo, sostiene que estos delitos comunes se encuentran previstos en el artículo 330° del Código Penal.

#### *Argumentos del demandado*

64. El demandado sostiene que el referido artículo 330° del Código Penal prescribe como 'Secretos de Estado: Revelación' aquella conducta mediante la cual el agente obra por lucro o cuando hace accesible a un Estado extranjero secretos que el interés de la República exige guardarlos, y que, sin embargo, los artículos 78° a 80° del CJMP están relacionados con la conducta de cualquier militar o policía que divulgue o publique, bajo cualquier modalidad, información clasificada de interés militar o policial, que ponga en peligro la defensa nacional, el orden interno o la seguridad ciudadana.

Refiere, además, que tales preceptos son totalmente distintos, tanto en su forma como en los hechos o circunstancias en que se producen los actos delictivos.

#### *Consideraciones del Tribunal Constitucional*

65. Sobre el particular, cabe mencionar, que sobre el *orden interno*, el Tribunal Constitucional ha sostenido que esta noción "es concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional. Consiste en aquella situación de normalidad ciudadana que se acredita y mantiene dentro de un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. Tal concepto hace referencia a la situación de tranquilidad, sosiego y paz dentro del territorio nacional, la cual debe ser asegurada y preservada por el órgano administrador del Estado para que se cumpla o materialice el orden público y se afirme la Defensa Nacional (...). El orden interno es sinónimo de orden policial, ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía (...)"<sup>[31]</sup>.

Asimismo, sostuvo que "en atención al principio de corrección funcional (aquel por el cual la Constitución debe interpretarse de tal manera que las funciones de cada

uno de los órganos del Estado no se vean alteradas) el alcance de las competencias complementarias de las Fuerzas Armadas debe ser comprendidas bajo el principio de subsidiariedad. Desde esta perspectiva, si hay otros órganos encargados de la defensa civil, del control del orden interno y de la promoción del desarrollo económico y social, la actuación de las Fuerzas Armadas en estos campos deberá restringirse a situaciones de estricta necesidad, sólo para aquellos casos en los que los órganos normalmente competentes no lo hagan, de manera que no se altere el orden competencial establecido en la Constitución”<sup>[32]</sup> [subrayado agregado].

En cuanto a la *seguridad ciudadana*, el Tribunal Constitucional ha precisado que ésta se constituye en uno de los aspectos que se encuentra comprendido dentro del orden interno. Así, sostuvo que “Fundamentalmente, el orden interno comprende tres aspectos: a) La seguridad ciudadana (protección de la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.); b) La estabilidad de la organización política (resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública, respeto de la autoridad pública); y c) El resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales (edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, etc.)”<sup>[33]</sup>.

66. Seguidamente, cabe examinar el cuestionado artículo 78° del CJMP, que establece que “El militar o policía que se apropia, destruya, divulgue o publique, de cualquier forma o medio, sin autorización, o facilite información clasificada o de interés militar o policial, que manifiestamente perjudique o ponga en grave peligro la defensa nacional, orden interno o seguridad ciudadana, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación”. Mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad y en acto de servicio o con ocasión de él*), que se apropia, destruye, divulga o publica, de cualquier forma o medio, sin autorización, o facilite información clasificada o de interés militar o policial, y que manifiestamente perjudique o ponga en grave peligro bienes jurídicos como la defensa nacional, el orden interno o la seguridad ciudadana (*bienes jurídicos que tienen también un ámbito militar o policial, respectivamente, y que comprometen las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, según los artículos 163°, 165° y 166° de la Constitución*). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución.
67. Respecto de los artículos 79° y 80° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que no contravienen el artículo 173° de la Constitución.

## **9. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario**

68. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 90°, 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102° y 103° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 90.- Delitos contra personas protegidas por el DIH  
El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional:

1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años. (...)

3. Trate de forma cruel o inhumana a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario causándole dolor o daños físicos o mentales, en especial torturándola, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.

4. Viole o esclavice sexualmente, la obligue para la prostitución, prive de su capacidad de reproducción, la force a unirse en matrimonio o en convivencia con otra persona será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Similar sanción penal se impondrá al que mantenga confinada a una mujer protegida por el Derecho Internacional Humanitario que ha sido embarazada sin su consentimiento para influir en la composición étnica de una población o la obligue a abortar mediante violencia o grava amenaza. (...)

7. Ponga en peligro la vida o salud de una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, mediante alguna de las conductas siguientes:

a. Realizando experimentos sin su consentimiento previo o expreso, o que no sean necesarios desde el punto de vista médico ni se llevan a cabo en su interés. (...)

8. Imponga o ejecute una pena contra una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, sin que haya sido juzgada en un proceso judicial imparcial y sin las garantías del debido proceso previstas en el Derecho Internacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años.

#### Artículo 91.- Forma agravada

Si mediante los hechos descritos en el artículo precedente, numerales de 2 a 7, el autor causa la muerte de la víctima o lesión grave la pena será aumentada hasta en una mitad de la máxima prevista para el delito correspondiente.

En el supuesto del numeral 8 del artículo precedente se aplicará la misma agravante cuando el autor imponga o ejecute la pena de muerte. (...)

#### Artículo 95.- Métodos prohibidos en las hostilidades

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional:

1. Ataque por cualquier medio a la población civil, o a una persona que no toma parte directa en las hostilidades, (...)

#### Artículo 96.- Forma agravada

Si el autor causa la muerte o lesiones graves de un civil o persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario mediante el hecho descrito en los numerales 1 a 6 del artículo anterior, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinticinco años. Si el resultado fuere lesiones leves el autor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de dieciocho(\*)NOTA SPIJ años.

### Capítulo III

#### Delitos contra el patrimonio y otros derechos

##### Artículo 97.- Saqueo, destrucción apropiación y confiscación de bienes

El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, saquee o, de manera no justificada por

las necesidades del conflicto armado, destruya, se apodere o confisque bienes de la parte adversa será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años.

#### Capítulo IV

Delitos contra operaciones humanitarias y emblemas

##### Artículo 99.- Delitos contra operaciones humanitarias

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional:

1. Ataque a personas, instalaciones materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o a objetos civiles con arreglo al Derecho Internacional Humanitario, (...)

#### Capítulo V

Delitos de empleo de medios prohibidos en la conducción de hostilidades

##### Artículo 102.- Medios Prohibidos en las hostilidades

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional:

1. Utilice veneno o armas venenosas.  
2. Utilice armas biológicas o químicas (...)

#### *Argumentos de la demandante*

69. La demandante sostiene que estos tipos penales no pueden ser considerados como delito de función pues “los bienes jurídicos afectados son las reglas mínimas de la guerra, las normas humanitarias que recoge el Derecho Internacional, las mismas que proscriben la realización de conductas que van más allá de las necesidades estrictamente militares y que violan clásicos bienes jurídicos como la vida, la integridad, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, el ambiente natural, el acceso a la justicia, etc., en ese contexto de especial desprotección y peligro para las víctimas (la guerra), y en el que la seguridad de sus bienes sólo depende la vigencia de esas reglas mínimas que impone el Derecho Internacional Humanitario”. Este interés jurídico, alegan, no es propio de las Fuerzas Armadas.

#### *Argumentos del demandado*

70. El demandado alega lo siguiente: “¿Cuando las fuerzas armadas entren en conflicto armado externo e infrinjan las leyes y sus respectivos reglamentos sobre derechos humanos internacionales, lo investigarán y sancionarán bajo la premisa del Código Penal?, la respuesta es obvia, ¿por qué?, porque en todos los países del mundo y en el nuestro que debe estar a la altura de las circunstancias y la globalización, la fuerza armada se conforma en el Teatro de Operaciones, independientemente que ejerzan la defensa nacional, están sometidos a la justicia militar quienes operan en forma conjunta y coordinada con el Comando del Teatro de Operaciones, a fin de sancionar los excesos que pudiera ocurrir, lo que un Juez Civil no podría estar frente al fuego del enemigo para que cumpla tal rol”.

#### *Consideraciones del Tribunal Constitucional*

71. Sobre el particular, cabe precisar, como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, que “la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del *Derecho Internacional Humanitario* y del Derecho Penal Internacional”, y que el Perú ha recogido esta obligación jurídica al disponer, de conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, que las normas relativas a los derechos y libertades, que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.<sup>[34]</sup>
72. De este modo, es pertinente tener en consideración, entre otros, los Convenios de Ginebra: *Convenio I*, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; *Convenio II* para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; *Convenio III* relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y *Convenio IV* relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todos ellos en vigor en el Perú desde el año 1956; así como el *Protocolo I*, adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el *Protocolo II*, adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, ambos en vigor en el Perú desde el año 1990.
73. Como tal, el Derecho Internacional Humanitario se constituye en aquel derecho aplicable a los conflictos armados, el mismo que tiene por finalidad reglamentar la forma como se llevan a cabo las hostilidades, fundamentalmente intentando evitar que los conflictos alcancen un punto de no retorno.<sup>[35]</sup>
74. Seguidamente, se examinará el cuestionado inciso 1 del artículo 90° del CJMP, que establece que “El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años”.
- Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en un conflicto armado internacional o no internacional (*en acto de servicio o con ocasión de él*), MATE a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, afectando el bien jurídico VIDA (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.
75. Respecto de los incisos 2 a 9 del artículo 90°, los artículos 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102° y 103° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y por pretender afectar bienes jurídicos que no son propios ni particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, tales como la integridad física, psíquica o moral, la libertad sexual, libertad de tránsito, propiedad, tutela jurisdiccional efectiva, entre otros, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales..

## **10. El control de las disposiciones que consagran los delitos de insulto al superior, coacción, injuria y difamación**

76. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 121°, 123°, 125° y 130° del CJMP, que establecen lo siguiente:

### **Artículo 121.- Insulto al Superior- Agresión**

El militar o policía que agrede a un superior, en actos de servicio, causándole lesiones leves, será sancionado con pena privativa de la libertad, de seis meses a dos años.

1. Si el delito se comete en conflicto armado o si se causa lesiones graves al superior, la pena privativa de la libertad será no menor de dos ni mayor de diez años.

2. Si el delito se comete frente al enemigo o si se causa la muerte del superior la pena privativa de la libertad será no menor de diez ni mayor de veinte años.

### **Artículo 123.- Coacción, injuria y difamación**

El militar o policía que coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, en acto de servicio y que afecte gravemente la disciplina, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años.

### **Artículo 125.- Amenazas**

El militar o policía que amenaza o pide explicaciones al superior con ocasión de órdenes legítimas con el propósito de no cumplirlas, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a dos años.

### **Artículo 130.- Agresión al servicio de seguridad**

El militar o policía que agrede a un centinela, vigía o personal nombrado para desempeñar servicio de seguridad, siempre que afecte de manera grave al servicio o misión que cumple, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a cuatro años.

1.- Si se causa lesión grave, será sancionado con pena privativa de la libertad, no menor de cinco ni mayor a diez años.

2.- Si el delito se comete frente al enemigo en conflicto armado o causa la muerte será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor a quince años.

#### *Argumentos de la demandante*

77. La demandante refiere que “los bienes jurídicos afectados son la integridad física y el honor (autovaloración y reputación), intereses jurídicos que no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, refiere que estos delitos “comunes” ya se encuentran previstos en los artículos 121°, 122°, 130°, 132°, 365° y 366° del Código Penal.

#### *Argumentos del demandado*

78. El demandado argumenta que el tipo consagrado en el artículo 121° del Código Penal es el de lesiones graves en perjuicio de civiles o particulares, cuando el

agente pudo prever este resultado. En cambio, afirma, el artículo 121° del CJMP tiene dos supuestos: el primero, si las lesiones se cometen u ocasionan en conflicto armado y, el segundo, si el delito se comete frente al enemigo.

Asimismo, aduce que el artículo 130° del Código Penal se refiere a la injuria, calumnia y difamación, que son delitos que afectan el honor de las personas particulares o civiles, a las que se atribuye falsamente un hecho o delito y/o ofensa a la conducta en cuanto a su honor y reputación. En cambio, alega, el artículo 123° del CJMP se refiere a la coacción, injuria y difamación, cometidos por personal militar o policial en acto de servicio, contra el superior y además que afecte gravemente la disciplina.

Finalmente, sostiene que el artículo 130° del CJMP se refiere a la agresión del personal militar o policial en el cumplimiento de su servicio o misión, de los que se evidencia que no existe relación alguna con el artículo 366° del Código Penal.

#### *Consideraciones del Tribunal Constitucional*

79. En el presente caso, cabe examinar, en primer término, el primer párrafo del artículo 121° del CJMP, que establece que “El militar o policía que agrede a un superior, en actos de servicio, causándole lesiones leves, será sancionado con pena privativa de la libertad, de seis meses a dos años”.

Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que *en acto de servicio o con ocasión de él*, agrede a un superior, causándole LESIONES LEVES, afectando el bien jurídico INTEGRIDAD FÍSICA de una persona (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que el extremo del primer párrafo del artículo 121° del CJMP que establece: “causándole lesiones leves” no forma parte de las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal extremo es inconstitucional.

80. Respecto de los incisos 1 y 2 del artículo 121° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales los siguientes extremos “o si se causa lesiones graves al superior” y “o si se causa la muerte del superior”, respectivamente.
81. De otro lado, cabe examinar, el artículo 123° del CJMP, que establece que “El militar o policía que coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, en acto de servicio y que afecte gravemente la disciplina, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años”.

Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que *en acto de servicio o con ocasión de él*, COACCIONE, INJURIE o DIFAME, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, afectando bienes jurídicos como el HONOR DE UN INDIVIDUO o la LIBERTAD PERSONAL (*que no son bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que el extremo del artículo 123° del CJMP que establece: “coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior” no forma parte de las características básicas del delito de función, tal como lo

exige el artículo 173º de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal extremo es inconstitucional.

Respecto del inciso 1 del artículo 130º y del extremo del inciso 2) del artículo 130º del CJMP que establece: “o causa la muerte”, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y por afectar bienes jurídicos que no son estrictamente castrenses como la integridad física o la vida, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales. No lo son el primer párrafo del artículo 130º ni el extremo del inciso 2) del mismo artículo que establece: “Si el delito se comete frente al enemigo en conflicto armado”; pues en estos últimos casos se trata de una severa afectación de bienes jurídicos tales como el correcto desarrollo del servicio de seguridad o la defensa nacional, entre otros, al exigir que la conducta prohibida “afecte de manera grave al servicio o misión” o ésta se realice en “conflicto armado”.

Finalmente, cabe precisar, con relación al extremo del artículo 123º del Código de Justicia Militar Policial que busca prevenir respecto de aquella conducta que “afecte gravemente la disciplina”, que no es ajeno a este Colegiado, la importancia que posee el bien jurídico castrense *«disciplina que afecte las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional»*, antes bien, en tanto órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, el Tribunal Constitucional debe velar por el escrupuloso respeto de las disposiciones constitucionales, principalmente de aquellas que consagran los derechos fundamentales, así como de aquellas que establecen las funciones y competencias de los órganos constitucionales y de las instituciones instauradas por la Norma Fundamental (encontrándose dentro de estas últimas las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional). Precisamente, en casos como los que plantea el referido artículo 123º, si bien esta norma penal pretende prevenir respecto de aquella conducta que vulnere o amenace vulnerar el bien jurídico *disciplina que afecte las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional* y tiene precisamente como sujeto pasivo a las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, lo hace apropiándose, inconstitucionalmente, de la protección de bienes jurídicos tales como la libertad personal o el honor de una persona, que no son bienes jurídicos de las instituciones castrenses y que además tiene como sujeto pasivo a una persona determinada (militar o policía de grado superior que se vio afectado en los mencionados derechos fundamentales). Mediante el delito de función militar sólo se pueden proteger bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, bienes jurídicos que sirvan para la defensa militar del Estado Constitucional.

## **11. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra la administración militar policial**

82. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 132º y 134º del CJMP, que establecen lo siguiente:

### **Artículo 132.- Empleo indebido de armas**

El militar o policía que, estando al mando de una Unidad encargada de restablecer el orden interno o público, emplea o hace emplear las armas, sin causa justificada o sin orden expresa, o sin cumplir las formalidades previas para ello, siempre que se cause grave daño, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de diez años.

El que actúa por culpa será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años.

#### Artículo 134.- Contra la función y administración militar policial

El militar o policía que reciba indebidamente ventaja patrimonial, directa o indirectamente, imponga pagos, o acepte promesa de retribución, en beneficio propio o de terceros para hacer u omitir o retardar un acto propio de su función operativa del servicio o hacer un acto contrario a ella, en caso de operaciones militares o policiales, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación.

#### *Argumentos de la demandante*

83. La demandante sostiene que estos tipos penales no pueden ser considerados como delitos de función “pues los bienes jurídicos afectados son la seguridad pública y la administración pública, intereses jurídicos que no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, aduce que el tipo penal ya se encuentra previsto en el artículo 393º del Código Penal.

#### *Argumentos del demandado*

84. El demandado sostiene que “el artículo 393º del Código Penal se refiere a un tipo totalmente ajeno a la seguridad y defensa nacional, muy por el contrario se refiere a una corrupción pasiva (...) con menor sanción que la que prevé el Código de Justicia Militar Policial”.

#### *Consideraciones del Tribunal Constitucional*

85. En cuanto al examen del artículo 134º del CJMP, cabe mencionar que en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que haga, omita o retarde un acto propio de su función operativa del servicio o hacer un acto contrario a ella, en caso de operaciones militares o policiales (*en acto de servicio o con ocasión de él*), para recibir indebidamente ventaja patrimonial, directa o indirectamente, imponga pagos, o acepte promesa de retribución, en beneficio propio o de terceros, afectando el bien jurídico ADMINISTRACION PUBLICA (*que no es un bien jurídico institucional, propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173º de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.

86. Distinto es el caso del artículo 132º del CJMP, pues esta norma penal pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que, estando al mando de una Unidad encargada de restablecer el orden interno o público (*en acto de servicio*), emplea o hace emplear las armas, sin causa justificada o sin orden expresa, o sin cumplir las formalidades previas para ello, siempre que se cause grave *daño*, afectando el bien jurídico correcto ejercicio del mando militar (*bien jurídico que es propio de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y relacionado con las funciones vitales de estas instituciones*). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173º de la Constitución.

## **12. El control de las disposiciones que consagran los delitos de violación al deber militar policial y de excesos en la facultad de mando**

87. La demandante sostiene que son constitucionales los artículos 137°, 139°, 140° y 141° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 137.- Omisión de cumplimiento de deber en función operativa  
El militar o policía que omite el estricto cumplimiento de sus obligaciones y de sus deberes en función operativa, en relación al personal a su mando directo, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses a ni mayor seis años.

Artículo 139.- Excesos en la facultad de mando

El militar o policía, que en el ejercicio de la función, se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

Si como consecuencia de los hechos que preceden, se causare:

- 1.- Lesiones graves, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a diez años, con la accesoria de inhabilitación.
- 2.- Muerte será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a veinte años, con la accesoria de inhabilitación.

Los delitos de lesa humanidad están excluidos en la aplicación de este artículo.

Artículo 140.- Modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando

El militar o policía, que en acto de servicio, cause la muerte, lesiones o daños a un militar o policía, por negligencia profesional, imprudencia o impericia, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de ocho años.

Artículo 141.- Excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado

El militar o policía que en acto de servicio militar o policial:

- 1.- Veje o ultraje gravemente al subordinado.
- 2.- Impida que el subordinado, presente, prosiga o retire recurso queja o reclamación.
- 3.- Exija al subordinado la ejecución indebida o la omisión de acto propio de sus funciones.

Será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

### *Argumentos de la demandante*

88. La demandante alega que estos tipos penales no pueden ser considerados como delitos de función, pues los “bienes jurídicos afectados son el desempeño normal de la administración pública, la vida, la integridad física, el patrimonio y la libertad personal, intereses jurídicos que no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, sostiene que estos tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 376°, 377°, 121°, 124°, 106°, 111°, 205° y 151° del Código Penal.

#### *Argumentos del demandado*

89. El demandado refiere que la omisión de deber en función operativa sancionada por el artículo 137º del CJMP es una actividad propia de militares y policías por lo que constituyen delitos de función, que no corresponden al tipo indicado en el artículo 376º del Código Penal.

En cuanto a los excesos en la facultad de mando sancionados en el artículo 139º del CJMP, menciona que sólo los militares y policías en actividad ejercen mando debido a que son los que conducen las unidades militares y policiales, y que el artículo 377º del Código Penal es de naturaleza jurídica totalmente diferente y no se encuentra relacionada en absoluto con la función militar.

#### *Consideraciones del Tribunal Constitucional*

90. En cuanto al examen de los incisos 1 y 2 del artículo 139º del CJMP, debe precisarse que en las referidas normas penales no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante estas normas penales se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en el ejercicio de la función (*en acto de servicio o con ocasión de él*), se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordena cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, causando LESIONES GRAVES o la MUERTE, afectando los bienes jurídicos INTEGRIDAD FÍSICA Y VIDA (*que no son bienes jurídicos institucionales, propios y particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en las aludidas normas penales no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173º de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que estas son inconstitucionales.
91. Respecto del artículo 140º del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resulta inconstitucional. Asimismo, también son inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 141º del CJMP pues pretenden proteger bienes que no son propios y particulares de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional tales como el principio derecho dignidad, honor y determinados contenidos del debido proceso en sede administrativa.

#### **13. El control de las disposiciones que consagran los delitos que afectan a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno**

92. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 142º, 143º y 144º del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 142.- Afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno

El militar o policía, que en el ejercicio de sus funciones:

a) Dispone indebidamente, destruye, deteriora, abandona, se apropia ilícitamente o sustrae, total o parcialmente, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor a quince años, con la accesoria de inhabilitación. En el caso de combustibles o carburantes, sólo constituye delito cuando su valor sea superior a tres remuneraciones mínimas vitales.

b) Defrauda al patrimonio destinado a la defensa nacional, participando de manera concertada, directa o indirectamente, en la contratación, operación, aprovisionamiento, servicios o concesión de armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, valiéndose de su condición o la función que cumple, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor a veinte años.

**Artículo 143.- Facilitamiento culposo**

El militar que por culpa facilita la sustracción, extravío, desvío o la apropiación de dinero o cualquier bien mueble público o particular, puesto a disposición de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a seis años.

**Artículo 144.- Avería o deterioro culposo**

El militar que cause avería, deterioro o daño de importancia, en obras, depósitos, arsenales, edificios militares, naves, aeronaves, armamento, municiones o cualquier otro material de guerra, estando a cargo de su administración, manejo o funcionamiento, por culpa, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de seis años.

*Argumentos de la demandante*

93. La demandante alega que estos tipos penales no pueden ser considerados como delito de función, pues “el bien jurídico afectado es el patrimonio, interés jurídico que no es propio de las Fuerzas Armadas y puede ser afectado por cualquier ciudadano, funcionario público o no”

Asimismo, sostiene que estos tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 185°, 190° y 384° del Código Penal.

*Argumentos del demandado*

94. El demandado refiere que cuando el CJMP se refiere a la afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno, lo hace en razón a que éstos constituyen los medios con que cuentan las Fuerzas Armadas y Policía Nacional para el cumplimiento de los fines que le asigna la Constitución.

En cuanto al artículo 185° del Código Penal, sobre hurto simple, sostiene que el tipo descrito no corresponde al artículo 142° del CJMP por ser de una naturaleza jurídica diferente, por cuanto el primero se refiere a la afectación de bienes privados o del Estado que no afectan la defensa nacional.

*Consideraciones del Tribunal Constitucional*

95. En cuanto al examen del párrafo a) del artículo 142° del CJMP, debe subrayarse que en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en el ejercicio de sus funciones (*acto del servicio*), dispone indebidamente, destruye, deteriora, abandona, se apropiá ilícitamente o sustrae, total o parcialmente, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra

destinado a operaciones militares y policiales, afectando el bien jurídico PATRIMONIO (*que no es un bien jurídico institucional, propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173º de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.

96. Respecto del párrafo b) del artículo 142º, los artículos 143º, 144º y 73º del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales.

**14. El control de las disposiciones que consagran los delitos de certificación falsa y destrucción de documento militar policial**

97. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 147º y 149º del CJMP, que establecen lo siguiente:

**Artículo 147.- Certificación falsa**

El militar o policía que expida certificación falsa en razón de la función o profesión en provecho propio o de terceros, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien a obtener cargo, puesto o función o cualquier otra ventaja, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

**Artículo 149.- Destrucción de documento militar policial**

El militar o policía que destruye, suprime u oculte, en beneficio propio o de terceros o en perjuicio ajeno, documento verdadero del que no podía disponer, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cuatro años.

*Argumentos de la demandante*

98. La demandante alega que estos tipos penales no pueden ser considerados como delito de función, pues “el bien jurídico afectado es la fe pública, interés jurídico que no es propio de las Fuerzas Armadas y puede ser afectado por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, sostiene que estos tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 427º, 428º y 430º del Código Penal.

*Argumentos del demandado*

99. El demandado argumenta que los preceptos del CJMP son diferentes y están vinculados únicamente a la función militar policial que afecte gravemente al servicio militar policial, “lo que quiere decir que la falsificación de un documento que no tenga índole militar y que ocurra en una instalación militar constituye un delito común sancionada por la jurisdicción ordinaria”. El artículo 146º del CJMP, alega, se refiere estrictamente al contenido militar policial del documento y siempre que éste al ser falsificado o adulterado, afecte gravemente las operaciones militares o policiales.

*Consideraciones del Tribunal Constitucional*

100. En cuanto al examen del artículo 147° del CJMP, cabe mencionar que en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en razón de la función o profesión (*acto del servicio*), expida CERTIFICACIÓN FALSA en provecho propio o de terceros, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien a obtener cargo, puesto o función o cualquier otra ventaja, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, afectando el bien jurídico FE PUBLICA (*que no es un bien jurídico institucional, propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.
101. Respecto del artículo 149° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resulta inconstitucional.

## **15. El test de proporcionalidad y la protección de bienes jurídicos estrictamente castrenses mediante el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario**

102. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 81°, 82°, 106°, 107°, 108°, 109°, 110°, 111°, 115°, 116°, 117°, 119°, 122°, 124°, 126°, 127°, 128°, 129°, 135°, 136°, 138°, 145° y 148° del CJMP, que establecen lo siguiente:

**Artículo 81.- Ultraje a los símbolos nacionales militares y policiales.**  
El militar o policía que, públicamente o por cualquier medio de difusión, ofende, ultraja, vilipendia o menosprecia, por obra o por expresión verbal, los símbolos nacionales militares y/o policiales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa.

En el caso de conflicto armado externo, la pena privativa de la libertad será no mayor de cinco años y ciento veinte a ciento ochenta días-multa.

**Artículo 82.- Ultraje a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú**  
El militar o policía que injuria, vilipendia, o menosprecia públicamente de obra, palabra por escrito o por cualquier otro medio a las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa.

En el caso de conflicto armado externo, la pena privativa de la libertad será no mayor de cinco años y ciento veinte a ciento ochenta días-multa.

**Artículo 106.- Violación de consigna**  
El militar o policía que cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, que viole sus obligaciones o la consigna recibida, se embriaga durante el servicio, siempre que se ocasione daño grave al servicio o a la seguridad del objeto de la vigilancia, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años y sesenta a noventa días-multa.

**Artículo 107.- Abandono de puesto de vigilancia**

El militar o policía que cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, y abandona su puesto, sin orden o autorización superior o se deja relevar por orden de quien no corresponde, siempre que se ocasione daño grave al servicio o a la seguridad del objeto de la vigilancia, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años y noventa a ciento veinte días-multa.

#### Artículo 108.- Omisión de aviso o repulsión

El militar o policía que, en conflicto armado, cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, y que omite dar aviso o dar la alarma inmediata de aproximación del enemigo, o cualquier anomalía o no usar sus armas, en caso de ataque para repeler el peligro, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de diez años y noventa a ciento veinte días-multa.

Si el delito se comete frente al enemigo, o si a consecuencia de la conducta punible, sufra grave daño el puesto u objeto confiado a su vigilancia, la pena privativa de la libertad será no menor de diez años y de ciento veinte días-multa.

#### Artículo 109.- Abandono de puesto

El militar o policía que abandona el puesto para el cual fue designado, que cumpliendo servicio de guardia, patrulla, escolta, avanzada, o integrando cualquier otra fuerza designada para cumplir una misión, o estando encargado de las comunicaciones, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con una pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años.

Si se comete el delito frente al enemigo en guerra externa o cuando pone en peligro a un numeroso grupo de personas o bienes, la pena privativa de la libertad será no menor de uno ni mayor de diez años.

#### Artículo 110.- Abandono de escolta

El militar o policía que abandona sin motivo justificado el servicio de escolta; y como consecuencia del abandono se cause grave daño al servicio y se perdiere vehículo, nave o aeronave, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de diez años.

El que abandona sin motivo justificado el servicio de escolta; y como consecuencia del abandono pereciese todo o parte de la tripulación o del personal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez años.

#### Artículo 111.- Seguridad de las instalaciones y bienes

El miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que por incumplimiento de alguna orden de su superior, o de sus deberes y obligaciones, causa daño a las instalaciones, bienes, documentos y/o armamento militar o policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años.

#### Artículo 115.- Incapacitación voluntaria para el servicio

El militar o policía que, a sabiendas, se incapacita o da su consentimiento para ser incapacitado por mutilación, enfermedad o por cualquier otro medio con el fin de ser eximido definitivamente del servicio u obtener el pase a otra situación militar o policial, será

sancionado con pena privativa de la libertad, no menor de seis meses ni mayor de dos años.

#### Artículo 116.- Simulación

El militar o policía que simula una enfermedad o defecto físico con el fin de ser eximido definitivamente del servicio u obtener el pase a otra situación militar policial, será reprimido con pena privativa de la libertad, no menor de seis meses ni mayor de dos años.

#### Artículo 117.- Colaboración

El militar o policía que colabora o facilita la incapacidad o simulación a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa.

Si el agente fuera personal de la sanidad, además se aplicará la sanción de inhabilitación, conforme a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 29 de éste Código, por un periodo de dos años.

#### Artículo 119.- Cobardía

El militar, en caso de conflicto armado, que se encuentre en zonas o áreas donde se cumplan operaciones de combate, y en presencia del enemigo:

1. Se sustraiga o intente sustraerse por temor al cumplimiento del deber militar de enfrentarlo y cumplir con los fines que le asigna la Constitución Política del Perú, será sancionado con pena privativa de libertad de dos a ocho años.
2. Provoque, por temor, el desbande de su personal o impida su reunión, causando alarma con el fin de causar confusión, desaliento y desorden, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a quince años.
3. Huya o incite a la fuga o de cualquier modo eluda su responsabilidad, de tal manera que afecte al personal militar, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de quince años.

Será reprimido con la misma sanción el policía que en conflicto armado, cometa las conductas mencionadas en los incisos anteriores.

#### Artículo 122.- Acto tendiente a agredir o amenazar

El militar o policía que en ocasión de servicio, ejecuta actos o toma las armas con demostración manifiesta de agredir o amenazar a un superior, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años.

Si el delito se comete frente al enemigo o en situación peligrosa para la seguridad del establecimiento militar o policial, nave o aeronave será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de ocho años.

#### Artículo 124.- Insubordinación

El militar o policía que manifiestamente se niegue a cumplir órdenes legítimas del servicio emitidas por el Superior con las formalidades legales, o impide que otro la cumpla o que el superior la imparta u obliga a impartirlas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

1.- Si el delito se comete frente al enemigo en conflicto armado o empleando armas, la pena será privativa de libertad, de cinco a diez años.

2.- Si el delito se comete frente a personal militar o policial o restringiendo la libertad de tránsito del superior, la pena será privativa de la libertad no menor de uno ni mayor a ocho años.

3.- Si se causa a consecuencia de la insubordinación el fracaso de una operación militar o policial, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor a diez años.

#### Artículo 126.- Desobediencia

El militar o policía, que se negare a cumplir las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

#### Artículo 127.- Desobediencia - incumplimiento de itinerario

El militar que, altere el itinerario o derrotero fijados por el Superior, recalar en lugares no ordenados, retardar o anticipar la salida o llegada a un punto determinado injustificadamente, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

Estará incursa en el delito anteriormente previsto el policía que lo cometa prestando servicio en zonas de emergencia y en operaciones conjuntas.

#### Artículo 128.- Excusa indebida

El militar o policía que se excusare de cumplir sus obligaciones o no esté conforme con el puesto o servicio a que fuese destinado, invocando males supuestos, valiéndose de influencias ajenas al servicio, o con cualquier otro pretexto, causando grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a dos años.

#### Artículo 129.- Desobediencia al servicio de seguridad

El militar o policía que desobedece la orden de un centinela, vigía o personal nombrado para desempeñar algún servicio de seguridad militar o policial, siempre que afecte de manera grave al servicio o misión que cumple, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a dos años.

#### Artículo 135.- Reformas sin autorización

El miembro de las Fuerzas Armadas o Policial que hace u ordene hacer reformas en las obras o distribución interior de un buque o aeronave o vehículos de combate al servicio de las Fuerzas Armadas o Policial, sin la debida autorización, siempre que a consecuencia de la reforma se hubiesen perjudicado o limitado gravemente su utilización o se cause grave daño al servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

#### Artículo 136.- Daños a operaciones por culpa

El miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que cause daño a las operaciones de guerra o conflicto, por culpa, sin tener la condición de Jefe o estar comandando unidad militar policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor a tres años.

**Artículo 138.- Comando negligente militar o policial**

El militar o policía que, ejerciendo el comando de una unidad, dependencia, nave o aeronave por culpa:

1.- Haga fracasar una operación militar o policial.

2.- Pierda la plaza, fuerza, puesto, aeronave o cualquier otra unidad militar o instalación policial, cuyo mando tuviesen o cuya defensa se les hubiese confiado.

Será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor a ocho años.

**Artículo 145.- Información falsa sobre asuntos del servicio**

El militar o policía que en el ejercicio de su función y en acto de servicio, a sabiendas, proporcione información falsa sobre asuntos del servicio o comunique órdenes en sentido distinto al que constare, causando el fracaso de la misión o grave perturbación del servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a seis años, con la pena accesoria de inhabilitación.

**Artículo 148.- Uso indebido de insignias o distintivos**

El militar o policía que en beneficio propio o de terceros, haga uso indebido de insignias o distintivos de identificación de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de libertad no menor a tres ni mayor a seis años.

*Argumentos de la demandante*

103. La demandante alega que “más allá de la trascendencia de determinados principios como el orden y la disciplina, la jerarquía, la obediencia y la subordinación, y su valor al interior de las Fuerzas Armadas, es cierto que su preservación no puede estar confiada a la justicia penal sino, única y exclusivamente, a la administración militar, la misma que puede establecer un régimen jurídico disciplinario”.

Asimismo, aduce que el CJMP califica conductas que constituyen meras infracciones de carácter administrativo, es decir, que carecen de gravedad suficiente, que no afectan bienes jurídicos de relevancia o protección constitucional y que no merecen tutela penal como delitos de función.

Finalmente, argumenta que los tipos penales aquí cuestionados contravienen el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y además, que ninguno de ellos compromete algún bien jurídico de relevancia constitucional que posean dichos institutos castrenses.

*Argumentos del demandado*

104. El demandado sostiene, que no se ha reparado “en la trascendencia que puede tener un acto de cobardía o el abandono de puesto de vigilancia en el caso de guerra. Así también, un acto de desobediencia en el ámbito castrense no puede ser equiparado con una desobediencia que se pueda cometer en el ámbito civil. Ello se relaciona directamente con las misiones constitucionales asignadas a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional que hacen que el mismo sistema de Defensa Nacional tenga efectividad”.

Asimismo, argumenta que la jurisdicción castrense, como justicia excepcional, tiene particularidades que se diferencian de los delitos que se juzgan en el ámbito

ordinario, precisamente porque los bienes jurídicos de su esfera apuntan al mantenimiento propio de la institución, que sólo se consigue a través del mantenimiento de un orden y disciplina efectivos en sus cuadros.

#### *Consideraciones del Tribunal Constitucional*

105. Teniendo en cuenta lo ya expuesto sobre el principio de proporcionalidad como límite al legislador penal, este Colegiado estima que las disposiciones cuestionadas en este extremo deben ser sometidas al test de proporcionalidad con el objeto de verificar si limitan arbitrariamente derechos fundamentales tales como la libertad personal.

A modo de ejemplo, conviene analizar el cuestionado artículo 148° del CJMP, que establece que “El militar o policía que en beneficio propio o de terceros, haga uso indebido de insignias o distintivos de identificación de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de libertad no menor a tres ni mayor a seis años”.

*Examen de idoneidad.* Sobre el particular, cabe mencionar, en primer término, que de una interpretación teleológica de la medida legislativa adoptada (artículo 148° del CJMP), se desprende que esta disposición legal tiene como finalidad prevenir respecto de aquellas conductas que afecten o pretendan afectar un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional como es el “uso debido de insignias o distintivos de estas instituciones para la realización de las funciones que les asigna la Constitución”. Como tal, dada su relevancia constitucional este bien jurídico merece protección por parte del Estado.

En cuanto a la adecuación, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 148° del CJMP) es adecuada para lograr el fin de relevancia constitucional que se pretende y que se ha mencionado en el punto anterior.

*Examen de necesidad.* En el presente caso, tratándose de una disposición legal que limita el ejercicio del derecho fundamental a la libertad personal, se requiere de un juicio estricto, según el cual se exige que la medida adoptada por el Legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 148° del CJMP), que limita el derecho fundamental a la libertad personal, no resulta absolutamente *necesaria* para la consecución del fin que pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas del aludido derecho fundamental. Así por ejemplo, mediante la utilización de disposiciones de derecho disciplinario, entre otros. En efecto, el derecho disciplinario (manifestación de la potestad sancionatoria del Estado menos afflictiva que el Derecho Penal), resulta también idóneo para proteger el aludido bien jurídico de las Fuerzas Armadas y Policiales, pero menos gravosa que el Derecho Penal. En otros términos, teniendo en cuenta el carácter fragmentario del Derecho Penal, el Estado, antes de limitar un derecho fundamental como la libertad personal (*mediante la aplicación de una pena privativa de libertad*) debe verificar y utilizar otros medios, tales como los que contiene el derecho disciplinario, entre otros, (*mediante la aplicación de sanciones*

*tales como suspensiones, pases a situación de disponibilidad o pases a la situación de retiro), para lograr la misma o mejor protección de un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.*

En este caso, a efectos de evitar una conducta (uso indebido de insignias o distintivos de identificación exclusivos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional), que afecte un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas o Policiales (como es el uso debido de insignias o distintivos de estas instituciones para la realización de las funciones que le asigna la Constitución), se limita innecesariamente el derecho fundamental a la libertad personal de los efectivos de tales instituciones (aplicando penas privativas de libertad), cuando pueden emplearse otras medidas, menos aflictivas, como aquellas que contiene el derecho disciplinario (aplicando medidas de suspensión o pase a disponibilidad o a retiro, entre otras).

Adicionalmente a lo antes expuesto, coadyuva un elemento de indiscutible carácter objetivo, como es la existencia de una disposición, como la Ley N.º 28338, de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, publicada en el diario oficial el 17 de agosto de 2004, en la que, en el caso de los efectivos *policiales*, contiene disposiciones, por ejemplo, con un contenido que se confunde con el aquí cuestionado artículo 148º del CJMP, que establece que el uso indebido de insignias o distintivos de identificación exclusivos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor a tres ni mayor a seis años. Así, el párrafo 37.2.47 del artículo 37º de la Ley N.º 28388, establece que constituye infracción grave “Utilizar insignias de mando que no correspondan al grado y/o categoría que ostentan”, la misma que puede ser sancionada, conforme al artículo 42º de la aludida ley, con suspensión de 2 a 15 días o pase a la situación de disponibilidad de 2 a 7 meses. Como se aprecia, ante una misma conducta de un efectivo policial, que protege un mismo bien jurídico, el Legislador Penal ya estableció en el año 2004 (Ley N.º 28338), una *sanción* que es sustancialmente diferente y menos aflictiva que aquella establecida en el año 2006 (Código de Justicia Militar Policial).

En consecuencia, no habiendo superado el examen de necesidad, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 148º del CJMP, afecta el principio de proporcionalidad y consecuentemente el derecho fundamental a la libertad personal, por lo que resulta inconstitucional.

Respecto de los artículos 115º, 116º, 117º y 125º del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales.

Asimismo, el referido artículo 148º del CJMP también es inconstitucional en el extremo en el que incluye a los efectivos policiales, por vulnerar el principio de legalidad penal (garantía de *lex certa*), pues determinados supuestos de hecho del tipo penal contenido en el artículo 148º del CJMP se asimilan a aquellos contenidos supuestos de hecho ya contenidos en el tipo disciplinario previsto en el párrafo 37.2.47 del artículo 37º de la Ley N.º 28338, existiendo duplicidad de contenido, dando lugar a un inaceptable grado de discrecionalidad de los órganos de investigación u otras autoridades, quienes podrían subsumir la misma conducta en distintos tipos (uno penal y otro disciplinario).

106. De otro lado, este Colegiado estima que no sucede lo mismo en el caso de las disposiciones cuestionadas que establecen sanciones para aquellas conductas de efectivos militares o policiales en situaciones de conflicto armado. Así, conviene examinar el artículo 108º del CJMP, que establece: “El militar o

policía que, en conflicto armado, cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, y que omite dar aviso o dar la alarma inmediata de aproximación del enemigo, o cualquier anomalía o no usar sus armas, en caso de ataque para repeler el peligro, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de diez años y noventa a ciento veinte días-multa. Si el delito se comete frente al enemigo, o si a consecuencia de la conducta punible, sufra grave daño el puesto u objeto confiado a su vigilancia, la pena privativa de la libertad será no menor de diez años y de ciento veinte días-multa”.

107. Verifiquemos seguidamente si la disposición cuestionada supera o no el test de proporcionalidad y, consecuentemente, si se limita arbitrariamente derechos fundamentales como la libertad personal.

*Examen de idoneidad.* Sobre el particular, cabe mencionar en primer término que de la interpretación teleológica de la medida legislativa adoptada (artículo 108° del CJMP), se desprende que esta disposición tiene como finalidad prevenir respecto de aquellas conductas que afecten o pretendan afectar un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas, y de manera excepcional de la Policía Nacional, como es el “correcto funcionamiento del servicio de seguridad *en conflicto armado*”. Como tal, dada su relevancia constitucional este bien jurídico merece protección por parte del Estado.

En cuanto a la adecuación, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 108° del CJMP) es adecuada para lograr el fin de relevancia constitucional que se pretende y que se ha mencionado en el punto anterior.

*Examen de necesidad.* Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 108° del CJMP), que limita el derecho fundamental a la libertad personal, resulta necesaria para la consecución del fin que pretende, pues tal fin no se podría conseguir mediante otras medidas. En efecto, tratándose de conductas que se producen en un conflicto armado, en el que existe una grave situación de conflicto, *prima facie*: a) entre dos Estados (conflicto armado internacional), o b) en un Estado, entre sus Fuerzas Armadas – excepcionalmente con el apoyo de la Policía Nacional–, y grupos armados disidentes que llevan a cabo operaciones militares continuadas y concertadas (conflicto armado no internacional); la conducta del efectivo militar que participando como centinela omite, por ejemplo, dar aviso sobre la proximidad del enemigo, no podría ser prevenida mediante el derecho disciplinario, pues sanciones tales como la suspensión, pase a la situación de disponibilidad o pase a la situación de retiro resultarían insuficientes para disuadir al resto de efectivos respecto de la realización de esta conducta.

En consecuencia, habiendo superado el examen de necesidad, corresponde verificar si la medida legislativa cuestionada, que limita la libertad personal, es proporcional en sentido estricto, con el fin de relevancia constitucional que pretende.

*Examen de proporcionalidad en sentido estricto.* Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que en el caso de la medida legislativa cuestionada el grado de realización del fin de relevancia constitucional de esta medida (prevenir respecto de aquellas conductas que afecten o pretendan afectar el correcto funcionamiento del servicio de seguridad en conflicto armado), es, por lo menos,

equivalente al grado de afectación de la libertad personal (afectada mediante la imposición de una pena privativa de libertad).

108. Por tanto, teniendo en cuenta que el artículo 108º del CJMP ha superado el test de proporcionalidad y, consecuentemente, no vulnera el derecho fundamental a la libertad personal, el Tribunal Constitucional estima que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

109. Respecto de los cuestionamientos de los artículos 81°, 82°, 106°, 107°, 109°, 110°, 111°, 119°, 122°, 124°, 126°, 127°, 128°, 129°, 135°, 136°, 137°, 138°, 145° y 146° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional estima que deben ser desestimados.

110. Igualmente, por las mismas razones antes expuestas, es constitucional el artículo 82° del CJMP, salvo, el extremo que establece: “será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa”.

#### *Efectos de la sentencia*

111. Dadas las circunstancias especiales del presente caso y teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201º de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1º de la Ley N.º 28301), tiene, en el proceso de inconstitucionalidad, funciones esenciales tales como: a) la *valoración* de la disposición sometida a enjuiciamiento, a partir del canon constitucional, para declarar su acomodamiento o no a ese canon; b) la labor de *pacificación*, pues debe solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso; y, c) la labor de *ordenación*, toda vez que, sus decisiones, ya sean estimatorias o desestimatorias, tienen una eficacia de ordenación general con efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho –en especial sobre los órganos jurisdiccionales–, y sobre los ciudadanos en general; considera, como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir, que al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones.

112. En el caso de los artículos 68º, 70º (incisos 1 y 4), 90º, 91º, 92º, 93º, 95º, 96º, 97º, 98º, 99º, 100º, 101º, 102º, 103º, 134º, 139º (incisos 1 y 2), 140º, 141º (incisos 1 y 2), 142º, 143º, 144º, 147º y 149º, entre otros, del Código de Justicia Militar, que son declarados inconstitucionales por afectar el artículo 173º de la Constitución, por no constituir delitos de función, y teniendo en cuenta los efectos nulificantes de la presente sentencia, y como consecuencia, el archivo de los respectivos procesos penales ante la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional advierte que la autoridad judicial militar respectiva deberá comunicar de este hecho al Ministerio Público para que este actúe conforme a sus atribuciones constitucionales.

113. En el caso los artículos 115º, 116º, 117º, 125º y 148º del Código de Justicia Militar Policial declarados inconstitucionales por no superar el principio de proporcionalidad y cuyos bienes jurídicos de relevancia constitucional podrían ser protegidos por mecanismos tales como los que prevé el Derecho Disciplinario, entre otros, y teniendo en cuenta los efectos nulificantes de la presente sentencia, que ocasionará el archivo de los respectivos procesos penales ante la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional debe exhortar al Congreso de la República para

que en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y dentro de un plazo razonable, pueda establecer aquellas medidas legislativas que estipulen sanciones disciplinarias u otras que tengan por finalidad cautelar tanto los bienes jurídicos que pretendían ser protegidos por las antes mencionadas disposiciones declaradas inconstitucionales, como aquellos otros bienes jurídicos que estime pertinentes, debiendo tenerse en consideración, además, que el artículo 2º, inciso 24, apartado “b” establece que “(...) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”.

## VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales los artículos 68º, 70º (incisos 1 y 4), 90º, 91º, 92º, 93º, 95º, 96º, 97º, 98º, 99º, 100º, 101º, 102º, 103º, 115º, 116º, 117º, 125º, 130º (inciso 1), 134º, 139º (incisos 1 y 2), 140º, 141º (incisos 1 y 2), 142º, 143º, 144º, 147º, 148º y 149º del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, así como las siguientes disposiciones:
  - a) El extremo del artículo 75º que establece “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”.
  - b) El extremo del artículo 82º que establece: “será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días multa”.
  - c) El extremo del primer párrafo del artículo 121º que establece: “causándole lesiones leves”.
  - d) El extremo del inciso 1 del artículo 121º que establece: “o si se causa lesiones graves al superior”.
  - e) El extremo del inciso 2 del artículo 121º que establece: “o si se causa la muerte del superior”.
  - f) El extremo del artículo 123º que establece: “coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior”.
  - g) El extremo del inciso 2) del artículo 130º que establece: “o causa la muerte”.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo que se refiere al cuestionamiento de los artículos 66º, 67º, 71º, 72º, 73º, 74º, 76º, 78º, 79º, 80º, 81º, 106º, 107º, 108º, 109º, 110º, 111º, 119º, 122º, 124º, 126º, 127º, 128º, 129º, 132º, 135º, 136º, 137º, 138º, 145º y 146º del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, y en lo demás que contiene.
3. Precisar que los efectos de cosa juzgada que se produzcan como consecuencia de la presente sentencia se limitan a aquellas materias cuestionadas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, que han merecido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.
4. Declarar que forma parte del fallo lo expuesto en los Fundamentos N.ºs 59, 112 y 113.

Publíquese y notifíquese<sup>52</sup>.

SS.

**LANDA ARROYO  
GONZALES OJEDA  
ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
GARCÍA TOMA  
VERGARA GOTELLI  
MESÍA RAMÍREZ**

<sup>52</sup> [00012-2006-AI - Tribunal Constitucional](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html)  
[www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html)

## **RESOLUCION DE APROBACION DEL PROYECTO**

**RESOLUCION DE NOMBRAMIENTO DE ASESOR**