Documento Defensorial Nº 6

Justicia Militar e independencia judicial en el Perú

2002

REPÚBLICA DEL PERÚ
DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Justicia Militar e independencia judicial en el Perú.

Normativa, jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo

Serie Documentos Defensoriales - Documento Nº 6

Justicia Militar e independencia judicial en el Perú.

Normativa, jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo

Serie Documentos Defensoriales - Documento N°6

Defensoría del Pueblo
Jirón Ucayali N° 388
Lima–Perú
Teléfono: (511) 311-0300
Fax: (511) 4267889
E-mail: defensora@defensoria.gob.pe
Portal: http://www.defensoria.gob.pe
Línea gratuita: 0800-15170

Primera edición: Lima, Perú, junio del 2009.
1,000 ejemplares.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2009-07226

El presente documento ha sido elaborado por la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.

INDICE

PRESENTACIÓN 9

CAPÍTULO I: LA CONFIGURACIÓN ORGÁNICA DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ: ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL 13

1.1 ANTECEDENTES DEL TRABAJO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN MATERIA DE JUSTICIA MILITAR 13

1.1.1 Creación de una Comisión Especial por parte de la Defensoría del Pueblo para el estudio del modelo normativo de la Justicia Militar 13

1.1.2 Informes de la Defensoría del Pueblo sobre la legislación en materia de Justicia Militar 14

1.1.3 Demandas de inconstitucionalidad presentadas por la Defensoría del Pueblo, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y la respuesta del Congreso de la República 21

1.1.3.1 Demandas de inconstitucionalidad presentadas por la Defensoría del Pueblo 22

1.1.3.2 Respuesta del Tribunal Constitucional a las demandas presentadas por la Defensoría del Pueblo 24

1.1.3.3 La modulación en el tiempo de los efectos de la decisión del Tribunal Constitucional. La *vacatio sententiae* de la STC 0023-2003-AI/TC 30

1.1.3.4 Respuesta del Congreso de la República al pronunciamiento del Tribunal Constitucional 32

1.1.4 Demandas de inconstitucionalidad planteadas por el Ministerio Público y el Colegio de Abogados de Lima y el correspondiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional 35

1.1.4.1 Demandas de inconstitucionalidad planteadas por el Ministerio Público y el Colegio de Abogados de Lima 35

1.1.4.2 Respuesta del Tribunal Constitucional a las demandas presentadas por el Ministerio Público y el Colegio de Abogados de Lima 38

1.1.4.3 La modulación en el tiempo de los efectos de la decisión del Tribunal Constitucional. La *vacatio sententiae* de la STC 0006-2006-PI/TC 39

1.2 SITUACIÓN ACTUAL DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ 40

1.2.1 Aprobación y vigencia de la Ley Nº 29182, *"Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial"* del 10 de enero del 2008 40

1.2.2 *Amicus curiae* presentado por la Defensoría del Pueblo el 7 de marzo del 2008 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 41

1.2.3 Demanda de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Lima contra la Ley Nº 29182, *"Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial"* 42

CAPÍTULO II: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA ACTUAL CONFIGURACIÓN ORGÁNICA DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ 43

2.1 VINCULATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO 43

2.1.1 Vinculatoriedad de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 43

2.1.2 Vinculatoriedad de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano 47

2.2 LA LEY Nº 29182 *"LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL FUERO MILITAR POLICIAL"* Y SU COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO 49

2.2.1 La configuración constitucional de la Justicia Militar como parámetro de interpretación de la normativa infraconstitucional 49

2.2.2 Nombramiento de jueces y fiscales de la justicia militar por parte del Poder Ejecutivo 52

2.2.2.1 Sobre la garantía de exclusividad e independencia de la función jurisdiccional 52

2.2.2.2 Sobre el principio de igualdad y no discriminación: acceso a la función pública en condiciones de igualdad 53

2.2.3 Integración de la justicia castrense por militares en actividad 56

2.2.4 Destitución de jueces y fiscales de la justicia militar-policial 64

2.2.5 Independencia del Ministerio Público castrense y policial 66

2.3 CONSECUENCIAS DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LA LEY Nº 29182 CON LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO 70

2.3.1 Responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 70

2.3.2 Problemas generados a partir del incumplimiento de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional peruano 72

CONCLUSIONES 79

PRESENTACIÓN

La función jurisdiccional del Estado constituye uno de los presupuestos indispensables para garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de las personas. Por tal razón, el ejercicio de esta función, independientemente del órgano que la ejerce, se encuentra limitada por una serie de exigencias en su configuración y organización, dirigidas a dotarla de legitimidad constitucional y, principalmente, a asegurar que sea un mecanismo efectivo y eficaz de garantía de los derechos fundamentales.

En ese sentido, desde el inicio de sus funciones en 1996, la Defensoría del Pueblo advirtió que el diseño normativo de la Justicia Militar en nuestro país presentaba problemas de compatibilidad con las exigencias constitucionales y las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos. Los principales problemas que se pusieron en evidencia y que aún persisten, están relacionados con las garantías del principio democrático de separación de poderes, el principio de unidad de la función jurisdiccional, así como con las garantías de independencia e imparcialidad previstos en los artículos 43 y 139 numerales 1) y 2) de la Constitución Política.

Luego de plantear una serie de lineamientos de reforma al respecto, la Defensoría del Pueblo solicitó al Tribunal Constitucional que se pronunciase sobre esta materia, mediante dos demandas de inconstitucionalidad. Éstas fueron acogidas por el Supremo Intérprete de la Constitución, motivando con ello la necesidad de que el Congreso de la República realizase una reforma integral de este ámbito de la función jurisdiccional.

Como consecuencia de ello, la Ley Nº 28665, "Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en materia Militar y Policial", así como del Decreto Legislativo Nº 961, que aprobó el Código de Justicia Militar, el Congreso de la República reformó la legislación penal militar y policial cuestionada por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, dicha legislación fue objeto de nuevos cuestionamientos, al punto que contra la primera de las normas mencionadas se plantearon dos nuevas demandas de inconstitucionalidad, por parte del Ministerio Público y del Colegio de Abogados de Lima, respectivamente. Asimismo, dicha ley mereció la opinión desfavorable del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, así como de organizaciones de derechos humanos concernidas con esta materia.

Las nuevas demandas fueron acogidas por el Tribunal Constitucional, que reiteró el cuestionamiento de la legitimidad constitucional en relación con aspectos ligados a las garantías de independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, en temas como la integración de la justicia castrense por militares en actividad, el nombramiento de jueces militares por el Poder Ejecutivo, la remoción de jueces y fiscales a cargo del Órgano de Control Militar Policial, el régimen de permanencia e inamovilidad temporal de los jueces militares en el cargo y el diseño del Ministerio Público Militar-Policial.

A propósito de este nuevo pronunciamiento del Supremo Intérprete de la Constitución, el Congreso de la República aprobó la Ley Nº 29182, "Ley de Organización

y Funciones del Fuero Militar Policial" que, pese a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en esta materia, reiteró una organización del fuero militar que no es compatible con la Constitución Política y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni con la tendencia jurisprudencial de sus órganos de control.

Por este motivo, el 7 de marzo del 2008, la Defensoría del Pueblo presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) un *amicus curiae* en el cual sustentó su posición institucional sobre la incompatibilidad de la Ley N° 29182 con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, actuación que se incluyó dentro del trámite de la Petición N° P-1627-07.

Asimismo, es del caso señalar que en la actualidad se encuentra en trámite una nueva demanda de inconstitucionalidad, presentada esta vez por el Colegio de Abogados de Lima, contra diversas disposiciones de la Ley Nº 29182.

En ese contexto, con la finalidad de contribuir con la ciudadanía y con las diversas instituciones involucradas en el esfuerzo de adecuar el ejercicio de la función jurisdiccional militar policial a los parámetros de legitimidad constitucional y a la interpretación que de éstos ha realizado el Tribunal Constitucional, como Defensora del Pueblo me complace presentar el documento de trabajo denominado ***"Justicia Militar e independencia judicial en el Perú: normativa, jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo"***.

En este documento se exponen las principales observaciones planteadas por la Defensoría del Pueblo,

así como los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional. Seguidamente se desarrollan, un conjunto de aspectos que, a juicio de la Defensoría del Pueblo, resultan esenciales para valorar la compatibilidad constitucional de la actual legislación penal militar y policial.

Es el deseo de la Defensoría del Pueblo que en la solución de estos problemas encuentre finalmente el consenso institucional que posibilite la adecuación de este importante ámbito de la función jurisdiccional a las exigencias constitucionales y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Ello permitirá no sólo el juzgamiento legítimo de los delitos de función militar y policial, sino la consolidación de nuestro país como Estado constitucional y democrático.

Beatriz Merino Lucero
Defensora del Pueblo

CAPÍTULO I

LA CONFIGURACIÓN ORGÁNICA DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ: ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL

1.1 ANTECEDENTES DEL TRABAJO DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO EN MATERIA DE JUSTICIA MILITAR

1.1.1 CREACIÓN DE UNA COMISIÓN ESPECIAL POR PARTE DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO PARA EL ESTUDIO DEL MODELO NORMATIVO DE LA JUSTICIA MILITAR

La Defensoría del Pueblo, desde el inicio de sus funciones en 1996, advirtió que el diseño normativo de la Justicia Militar en nuestro país presentaba problemas de compatibilidad con las exigencias constitucionales y las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos.

A efectos de analizar esta situación, a través de la Resolución Defensorial N° 004-97/DP, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de enero de 1997, se dispuso la elaboración de un Informe Especial al respecto. Para tal fin se conformó una Comisión Especial,[1] cuya Secretaría Técnica estuvo a cargo del Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. Dicha comisión se instaló el 31 de enero

[1] Esta Comisión Especial estuvo integrada por los doctores Luis AVILA GONZALES, Francisco EGUIGUREN PRAELI, Arsenio ORE GUARDIA y Samuel ABAD YUPANQUI, Defensor Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.

de 1997, momento a partir del cual realizó diversas reuniones de trabajo con especialistas nacionales y extranjeros sobre la materia.

1.1.2 INFORMES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO SOBRE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA MILITAR

El resultado del trabajo de la mencionada comisión se tradujo en el Informe Defensorial N° 6, denominado *Lineamientos para la reforma de la Justicia Militar en el Perú*, publicada en marzo de 1998.

En dicho documento, desde una aproximación a los principales modelos comparados de justicia castrense, se analizó los siguientes aspectos:

i) Las características y límites del diseño de la justicia castrense en la Constitución Política de 1993, así como el marco legal vigente, destacando su naturaleza pre constitucional.

ii) Desde el plano de la tipificación de las conductas, se planteó la necesaria delimitación entre injustos estrictamente castrenses y aquellos que tienen naturaleza administrativa o disciplinaria.

iii) A partir de un concepto constitucional del delito de función, se determinó que el criterio del fuero personal no es definitorio para la delimitación del delito de función militar.

iv) La organización militar también es objeto de análisis en este estudio, desde las exigencias derivadas de los principios que legitiman el

ejercicio de la función jurisdiccional, así como las que informan el debido proceso.

Asimismo, se plantearon puntuales conclusiones y recomendaciones, entre las que cabe destacar las siguientes:

1. La Justicia Militar no debe ser una órgano excluido y paralelo del Poder Judicial, sino que debería ser entendida como una rama especializada al interior de éste, cuyos fallos sean susceptibles de ser recurridos para su revisión ante la Corte Suprema de la República.

   Por consiguiente, se expresó la necesidad de modificar los artículos 139.1 y 173 de la Constitución, que consagran una aparente "jurisdicción militar independiente" y que impiden la casación de sus casos por parte de la Corte Suprema.

2. El juzgamiento de civiles ante la Justicia Militar debe quedar excluido en tiempo de paz, por ende, debería eliminarse la competencia para el juzgamiento en casos de terrorismo y traición a la patria contenido en el artículo 173 de la Constitución.

3. La competencia de la Justicia Militar debe quedar circunscrita al juzgamiento de los delitos militares cometidos por personal militar en situación de actividad.

4. Se propuso que se precise conceptualmente la expresión "delito de función", en la medida que se trata de delitos especiales propios que afectan

un bien jurídico vinculado a la institución castrense.

5. Se indicó que no resultaba aplicable la legislación castrense al personal militar y policial en situación de retiro, así como al personal civil que labora en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

6. Se incidió en la necesidad de que se efectúe una clara, minuciosa y taxativa regulación de los delitos e infracciones militares consignados en el Código de Justicia Militar

7. Se puntualizó en el deber de garantizar que los jueces y fiscales que integran la justicia militar cumplan con los requisitos de independencia, autonomía y profesionalismo que exige la Constitución para los magistrados.

Posteriormente, en marzo del 2002, la Defensoría del Pueblo publicó el Informe Defensorial Nº 64, denominado *La Justicia Militar en una etapa de transición: análisis de los proyectos de reforma.*

Este documento tuvo como finalidad analizar los proyectos de Ley Orgánica de Justicia Militar y del Código de Justicia Militar formulados por el Poder Ejecutivo sobre la base de las propuestas que fueron presentadas por el Ministerio de Defensa. Esta evaluación se insertó en un contexto de búsqueda de consensos que permitiesen una reforma integral y perdurable de la organización de la Justicia Militar bajo parámetros de constitucionalidad.

En dicho Informe la Defensoría del Pueblo:

i) Sostuvo que la discusión de la reforma normativa debía hacerse sin perder de vista la necesidad de realizar modificaciones y precisiones a nivel constitucional, como por ejemplo:

- ✓ La reafirmación del principio de unidad jurisdiccional del Estado.
- ✓ La exclusión de los civiles de la competencia de jueces y tribunales militares.
- ✓ El reconocimiento de la competencia de la Corte Suprema de la República para conocer, en última instancia o en casación, casos iniciados ante los jueces o tribunales militares.
- ✓ La sustracción de los miembros de la Policía Nacional de la competencia de la Justicia militar.
- ✓ La derogación de la disposición constitucional que hace obligatorio el servicio militar.

ii) Asimismo, la Defensoría del Pueblo cuestionó que los proyectos de la Ley Orgánica de Justicia Militar y del Código de Justicia Militar mantuvieran la naturaleza esencialmente administrativa de la Justicia Militar, pese al avance en la definición de un concepto estricto del delito de función militar. En efecto, muchas de las conductas tipificadas en la Parte Especial del proyecto de Código de Justicia

Militar afectaban bienes jurídicos comunes como la libertad personal, el patrimonio estatal, la fe pública y la administración de justicia.

ii) Por ello, era necesario realizar una revisión exhaustiva de la Parte Especial del Código de Justicia Militar, a efectos de que sólo se tipifiquen las conductas que afecten bienes jurídicos estrictamente castrenses, descartando aquellas conductas que sólo configuran injustos de naturaleza disciplinaria.

iii) Igualmente, nuestra institución discutió el mantenimiento de penas como las de penitenciaría, internamiento y reclusión militar, dado su carácter anacrónico; puso de relieve la importancia de contar con rangos de extensión de penas con la finalidad de garantizar la imposición de sanciones proporcionales; planteó la necesidad de someter los delitos de función militar a las mismas reglas de imputación que rigen la Parte General del Código Penal de 1991 y reiteró la necesidad de garantizar la independencia de los jueces militares separándolos de los mandos castrenses, exigiendo que tengan formación jurídica y que se sometan a criterios objetivos de adscripción.

Siguiendo este razonamiento se propuso la integración del orden penal militar en el Poder Judicial como una rama especializada.

Posteriormente, atendiendo a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que delimitaron la competencia

de la justicia castrense, dotando de contenido el concepto de *delito de función militar,* en abril del 2003, la Defensoría del Pueblo publicó el Informe Defensorial Nº 66, denominado *¿Quién Juzga qué? Justicia Militar vs. Justicia ordinaria.*

En este trabajo:

i) Se reiteró los criterios para determinar el contenido del *delito de función militar*, descartando el criterio formal de la mera tipificación de los delitos en el Código de Justicia Militar, el criterio de fuero personal, los criterios de ocasionalidad y causalidad, así como aquel que toma en cuenta el lugar de la comisión del delito.

   Por consiguiente, se propuso que el criterio material que atiende a la naturaleza del bien jurídico afectado por la conducta, resulta constitucionalmente válido para definir el contenido de un delito de función militar y, por ende, para atribuir la competencia de su juzgamiento a la Justicia

ii) Además, sobre la base de la consolidada jurisprudencia pronunciada por el Tribunal Constitucional[2] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[3] la Defensoría del Pueblo

[2] *Caso Villalba Zapata*, Expediente Nº 585-96-HC/TC del 19 de junio de 1998; *Caso Modenesi Montani,* Expediente Nº 757-99-HC/TC del 15 de octubre de 1999; *Caso Crespo Bragayrac,* Exp. Nº 0217-2002-HC/TC del 17 de abril del 2002; *Caso Humaní Tipismana*, Expediente Nº 1154-2002-HC/TC del 20 de junio del 2002 y Caso *Marcelino Tineo Silva,* Expediente N° 010-2002-AI/TC del 3 de enero del 2003.

[3] *Caso Durand y Ugarte vs. Perú; Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú; Caso Cesti Hurtado vs. Perú y Caso Cantoral Benavides vs. Perú.*

> expuso las razones por las que el modelo de justicia castrense vigente en ese entonces generaba un *estado de cosas inconstitucional.*[4]

Cabe recordar que en el mes de enero del 2006 se promulgó la Ley Nº 28665, Ley Orgánica de Justicia Militar y el Decreto Legislativo Nº 961, Código de Justicia Militar Policial, los mismos que fueron objeto de cuestionamiento a través de demandas de inconstitucionalidad presentadas por el Colegio de Abogados de Lima y el Ministerio Público ante el Tribunal Constitucional.

En ese contexto, para contribuir con el debate y el esfuerzo de diversas instituciones para lograr adecuar el ejercicio de la función jurisdiccional penal militar policial a los parámetros de legitimidad constitucional y a la interpretación que de los mismos había realizado el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo publicó en diciembre del 2006 el Informe Defensorial Nº 104, denominado *Inconstitucionalidad de la legislación penal militar-policial aprobada por la Ley Nº 28665 y el Decreto Legislativo Nº 961*.

En dicho Informe la Defensoría del Pueblo sistematizó sus principales cuestionamientos contra dichas leyes ante el Tribunal Constitucional, así como los

---

[4] Corte Constitucional colombiana Sentencia T-153/98, párr. 53. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 4119-2005-PA/TC del 29 de agosto del 2005, ha indicado que la técnica del **estado de cosas inconstitucional** está orientada a *"dejar sentada una decisión con alcances generales cuando se ha verificado una práctica de renuencia sistemática y reiterada, que constituye una situación o comportamiento contrario a la Constitución y que debe ser erradicado a fin de evitar una sistemática vulneración de los derechos fundamentales de un sector de la población".* (…)

criterios jurisprudenciales establecidos por el Supremo Intérprete de la Constitución, desarrollando un conjunto de aspectos que a nuestro juicio resultan esenciales para valorar la compatibilidad constitucional de la legislación militar policial contenida en la Ley Nº 28665 y el Decreto Legislativo Nº 961.

Todos los informes preparados por la Defensoría del Pueblo respecto de la organización de la justicia militar policial se insertan dentro del cumplimiento de su mandato constitucional contenido en el artículo 162 de la Constitución Política. Asimismo, en nuestro interés institucional de que finalmente se encuentre consenso en la adecuación de este importante ámbito de la función jurisdiccional a las exigencias constitucionales y de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Ello, porque de este modo se permitirá no sólo el juzgamiento legítimo de los delitos de función militar y policial sino también la consolidación de nuestro país como un Estado constitucional y democrático.

1.1.3 DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADAS POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA RESPUESTA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Dado que, al mes de septiembre del 2003, la Defensoría del Pueblo verificó que ninguna de sus iniciativas de reforma legal y constitucional habían sido acogidas, decidió recurrir al Tribunal Constitucional para impugnar la constitucionalidad del modelo vigente de justicia militar de ese entonces, en ejercicio de la

facultad reconocida por el numeral 3) del artículo 203 de la Constitución Política.

1.1.3.1 Demandas de inconstitucionalidad presentadas por la Defensoría del Pueblo

i) La primera fue planteada el 16 de septiembre del 2003 y se dirigió contra los artículos 2, 4, 5 en sus incisos b), c), d), e), h); 8, 10 y 11 de la Ley N° 24150 modificada por el Decreto Legislativo N° 749 (Expediente N° 0017-2003-AI/TC).

ii) La segunda demanda fue presentada el 10 de diciembre del 2003 y estuvo dirigida a impugnar diversas disposiciones del Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar - LOJM, del Decreto Ley N° 23214, Código de Justicia Militar - CJM y una disposición de la Ley N° 27860, Ley del Ministerio de Defensa (Expediente Nº 0023-2003-AI/TC).

A través de ambas demandas la Defensoría del Pueblo analizó los siguientes aspectos:

a) **Los criterios tradicionalmente utilizados para dotar de contenido al delito de función militar, previsto en el artículo 173 de la Constitución y que constituye el factor de atribución de competencia de la justicia castrense**.

A tales efectos, la Defensoría del Pueblo cuestionó el artículo 10 de la Ley Nº 24150, que definía el delito de función de acuerdo con los criterios del lugar de comisión del delito y de

fuero personal. Se cuestionó además el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar, según el cual la finalidad de los tribunales militares era proteger la moral, el orden y la disciplina castrense y policial.

Del mismo modo, se demandó la inconstitucionalidad del artículo 269 del Código de Justicia Militar, que penalizaba las prácticas homosexuales, aún si tenían lugar fuera de los recintos militares.

b) **La configuración orgánica de la Justicia Militar**, a partir de considerar exigible en dicho ámbito las garantías del principio constitucional de unidad de la función jurisdiccional, y en tal sentido, de las exigencias de independencia, exclusividad e inamovilidad.

De este modo se demandó la inconstitucionalidad de los siguientes aspectos:

i) La configuración de la justicia castrense como una dependencia del Poder Ejecutivo, específicamente como un órgano de las Fuerzas Armadas.

ii) El sometimiento de la Justicia Militar al régimen jurídico castrense, toda vez que bajo este régimen los jueces militares estaban sujetos a reglas militares de obediencia, jerarquía y subordinación, incluso en el ejercicio de su función jurisdiccional.

iii) El establecimiento de criterios de dependencia y jerarquía entre los órganos de justicia y sus integrantes, que contravenían el principio de independencia judicial.

c) El Ministerio Público Militar, que no se condice con el Ministerio Público constitucionalmente configurado, único órgano al que la Constitución le reconoce las funciones requirentes y de persecución del delito. La Defensoría del Pueblo señaló que el denominado Ministerio Público Militar era un apéndice de los tribunales castrenses y por ende carecía de independencia y autonomía, además de no tener el monopolio de la acción penal.

d) De la misma manera, se cuestionó normativa que afectaba un conjunto de derechos fundamentales como la dignidad de la persona, el derecho de acceder a jueces imparciales e independientes, el derecho de defensa y el derecho a la igualdad, esto último dado que no existe ninguna razón para someter a los militares a un sistema de justicia de tal naturaleza.

1.1.3.2 Respuesta del Tribunal Constitucional a las demandas presentadas por la Defensoría del Pueblo

El Tribunal Constitucional acogió las dos demandas planteadas por la Defensoría del Pueblo, a través de dos sentencias publicadas en el diario oficial El Peruano el 24 de agosto del 2004 (Expediente Nº 0017-2003-AI/TC) y el 30 de octubre de ese mismo

año (Expediente Nº 0023-2003-AI/TC), en las cuales precisó lo siguiente:

- **Criterios definitorios del delito de función militar**

El Tribunal Constitucional declaró **inconstitucional la utilización de los siguientes criterios definitorios del delito de función militar**:

a) **El criterio formal o de mera tipificación**. De acuerdo con este criterio, para definir si un delito es o no de función, basta que se encuentre tipificado como tal en el Código de Justicia Militar u otra norma especial.

b) **El criterio del fuero personal**. Según el cual el delito de función militar se encuentra definido por la condición de militar o policía del sujeto activo o del sujeto pasivo o víctima del delito.

c) **El criterio del lugar de comisión del delito.** Este criterio señala que lo que define un delito de función es el lugar de comisión del hecho delictivo. Así, basta que el injusto se verifique, por ejemplo en un recinto militar o zona bajo el control de las Fuerzas Armadas, para que nos encontremos frente a un delito castrense.

d) **Los criterios de ocasionalidad y causalidad.** Estos dos criterios señalan que basta que el delito sea cometido con ocasión o a causa del ejercicio de funciones militares o policiales, para estar frente a un delito de función.

Estos criterios, sea de manera autónoma o de manera combinada, fueron utilizados tradicionalmente por la justicia castrense y en ocasiones por la justicia común, para dotar de contenido al delito de función al que alude el artículo 173 de la Constitución Política. Al invalidarlos, el Tribunal declaró inconstitucional el artículo 10 de la Ley Nº 24150, el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar y el artículo 269 del Código de Justicia Militar.

El Tribunal, luego de invalidar los criterios señalados, **estableció que el delito de función debe ser definido teniendo en cuenta como criterio central, el que alude al *bien jurídico* protegido o afectado**. Se trata en definitiva de un *criterio material*, dado que está relacionado con los intereses o bienes que constituyen el objeto de protección de la norma jurídico penal y que la dotan de especificidad.

Así, el Tribunal Constitucional señaló que estaremos frente a un delito de función militar si:

a) Se vulnera un interés institucionalmente vital para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

b) Debe tratarse de un interés especialmente significativo, como consecuencia de las exigencias del principio de proporcionalidad y la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal.

c) Debe ponerse en riesgo o afectarse la existencia, operatividad o cumplimiento de los fines institucionales constitucionalmente establecidos para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

En esa medida, el delito de función militar[5] quedó integrado a partir del elemento material señalado por los siguientes componentes:

i) El sujeto activo debe ser necesariamente un militar o policía en actividad.

ii) El sujeto activo calificado debe infringir un deber especial u obligación propia de su función.

iii) Dicha infracción debe poner en riesgo o afectar bienes jurídicos propios, particulares y relevantes para la existencia, organización y cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

iv) La conducta debe estar prevista en el Código de Justicia Militar. Esto sin embargo no significa que deba existir necesariamente un cuerpo normativo nominado de ese modo, sino simplemente la exigencia de predeterminación legal previa.

v) La infracción debe tener una entidad tal que justifique una sanción penal, como exigencia del principio de proporcionalidad y la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal.

De este modo, a partir de esta definición constitucional del delito de función militar, no califican en esta categoría:

---

[5] Estas consideraciones han sido ratificadas por el Tribunal Constitucional en el *Caso Linares Torres*, sentencia del 2 de septiembre del 2008 recaía en el Expediente Nº 02284-2007-HC/TC, f.j. 9. Además, se debe revisar el precedente obligatorio contenido en la decisión Competencia Nº 18-2004 emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de noviembre del 2004.

i) Los delitos que afectan bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad, la libertad personal, la salud, el patrimonio, entre otros. Ello ciertamente con independencia de la calificación de los mismos como delitos de lesa humanidad o no.

ii) Tampoco aquellos delitos que protegen bienes jurídicos institucionales, pero que no son propios o exclusivos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional del Perú, sino que las trascienden. Así, los delitos contra el patrimonio del Estado, la administración de justicia, la fe pública, entre otros.

iii) En el mismo sentido, no pueden ser calificados como delitos de función militar y por ende juzgados por la justicia castrense en calidad de autores, los injustos cometidos por civiles y militares en retiro. En este último caso, la excepción está dada por aquellas conductas cometidas cuando se encontraban en actividad y siempre que cumplan con los criterios antes expuestos.

- **Configuración orgánica de la Justicia Militar**

Por otro lado, en cuanto a la configuración orgánica de la Justicia Militar, sobre la base de los contenidos a los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como al principio de inamovilidad de los jueces, el Tribunal Constitucional se pronunció por la inconstitucionalidad de:

a) **El nombramiento de los jueces militares por el Poder Ejecutivo**, incluso si ello ocurre de manera indirecta, por afectar los principios de independencia e imparcialidad.

b) **La integración de la justicia castrense por militares en actividad**, así como el sometimiento de dichos funcionarios al régimen jurídico castrense y por ende a los principios de jerarquía, subordinación y obediencia. Ello lesiona la imparcialidad e independencia concluyó el Tribunal.

c) **La existencia de subordinación entre los órganos de la justicia castrense** y entre los integrantes de dichos órganos, por afectar el principio de independencia.

d) **El régimen de permanencia e inamovilidad temporal de los jueces militares en el cargo**. Ello a juicio del Tribunal vulnera la garantía de inamovilidad.

e) **La posibilidad de encomendar la defensa de oficio a militares sin formación jurídica y la consideración de la defensa de oficio como acto de servicio.** Ello vulnera el derecho de defensa técnica de acuerdo al Tribunal.

f) **El 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.

1.1.3.3 La modulación en el tiempo de los efectos de la decisión del Tribunal Constitucional. La *vacatio sententiae* de la STC 0023-2003-AI/TC

En cuanto a los efectos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional, cabe indicar lo siguiente:

i) Aquella decisión que declaró la inconstitucionalidad de los criterios que definen el delito de función militar, fue de obligatorio cumplimiento con efectos generales para todos los poderes públicos, desde el 25 de agosto del 2004 (Expediente Nº 0017-2003-AI/TC).

ii) En cambio, la decisión que declaró la inconstitucionalidad de disposiciones en materia orgánica y procesal de la Justicia Militar, el Tribunal Constitucional moduló sus efectos en el tiempo estableciendo una *vacatio sententiae* de su fallo, por el tiempo de 12 meses, periodo que debía computarse desde su publicación en el diario oficial El Peruano, es decir, el 30 de octubre del 2004 (Expediente Nº 0023-2003-AI/TC).

Luego de dicho periodo, los efectos de la referida sentencia se verificarían de manera inmediata, por lo que el Tribunal exhortó al Poder Legislativo para que antes del vencimiento de dicho plazo dicte la legislación que corresponda de acuerdo con los criterios jurisprudenciales establecidos.

Cabe indicar que el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar y

su delegado solicitaron al Tribunal la aclaración de diversos puntos de dicha sentencia. La citada aclaración fue publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de enero del 2003, entendiendo el Tribunal que el plazo de 12 meses de *vacatio sententiae* antes mencionado, debía computarse desde esa nueva fecha.

Por otro lado, conviene aclarar en este punto que no todos los efectos de la sentencia (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC) estaban sometidos a la referida *vacatio sententiae*. En efecto, algunas materias declaradas inconstitucionales en dicho fallo no versaban sobre materia orgánica o procesal, como:

i) El artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar según el cual los tribunales castrenses están orientados al mantenimiento de la *moralidad*, *orden* y *disciplina* de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

ii) El artículo 269 del Código de Justicia Militar que tipificaba como delito las prácticas homosexuales.

iii) La declaración de inconstitucionalidad de todo el denominado Ministerio Público Militar, tuvo efectos inmediatos, razón por la cual el Tribunal exhortó al Ministerio Público en su sentencia de aclaración, para que en el más breve plazo designe a sus representantes ante la justicia castrense.

1.1.3.4 Respuesta del Congreso de la República al pronunciamiento del Tribunal Constitucional

La reforma de la Justicia Militar planteada por el Tribunal Constitucional fue asumida de manera protagónica por la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas del Congreso de la República. Sin embargo, llamó la atención de la Defensoría del Pueblo que en la discusión de esta materia no participaran comisiones como la de Justicia y Derechos Humanos, así como de Constitución y Reglamento del Congreso de la República.

Resulta pertinente precisar las principales actuaciones que, desde el Estado, se generó como consecuencia de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Así:

i) En el mes de marzo del 2005 se conformó un Grupo de Trabajo al que se le encargó elaborar los predictámenes de la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar, a iniciativa del Presidente de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas del Congreso de la República.

ii) Dicha Comisión, con Oficio Nº 0641-2004-05/CDNOIIDALD-CR, recibido al 21 de marzo del 2005, solicitó a la Defensoría del Pueblo la designación de un representante ante este grupo de trabajo, el mismo que fue acreditado el 29 de marzo del 2005 (Oficio Nº DP-2005-112).

Posteriormente, el representante de la Defensoría del Pueblo expresó la posición institucional de suspender su participación en dicho grupo de trabajo, en razón de que carecía de sentido discutir una propuesta que, desde sus bases, tenía cuestionamientos de validez constitucional.

iii) Después, el Congreso de la República aprobó la Ley Nº 28636, publicada el 6 de diciembre del 2005. A través de esta norma se delegó facultades al Poder Ejecutivo para que elabore y apruebe mediante decreto legislativo un Código de Justicia Militar. Además, dicha norma ordenaba la creación de una comisión que se encargue de elaborar dicha propuesta, siendo designada con Resolución Suprema N° 701-2005-DE/SG.

iv) Tanto el Presidente de la Comisión de Defensa, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas del Congreso de la República, como el Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, solicitaron la opinión de la Defensoría del Pueblo sobre el Proyecto de Ley Nº 11336/2003-CR.

A través de los oficios Nº DP-2004-492 y Nº DP-2004-493, ambos del 20 de octubre del 2004, la Defensoría del Pueblo absolvió dichas solicitudes de opinión, estableciendo la necesidad de adoptar una metodología de reforma de la justicia castrense que abordara, en primer lugar, la necesidad de una modificación constitucional que tome en cuenta la propuesta que al respecto propuso la Comisión Especial para la Reforma

Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS).[6]

En esa línea se planteó lo siguiente:

a) La necesidad de ampliar el mandato de la Comisión Especial, a la elaboración del *"diseño de un nuevo modelo de justicia militar, y la adecuación de la legislación vigente sobre la materia a la Constitución, los tratados sobre derechos humanos y a la propuesta de reforma constitucional presentada por la CERIAJUS"*.

b) La revisión del catálogo de delitos militares, a efectos de establecer las conductas que deberían formar parte del régimen disciplinario militar, dado que no califican como delitos de función.

c) Valorar la necesidad de seguir contando con un Código de Justicia Militar o simplemente con una ley especial que se remitiera a la Parte General del Código Penal.

d) Se discrepó con el elevado número de representantes del Poder Ejecutivo que se establecía para conformar la Comisión Especial, recomendando su reducción y más bien señalando la necesidad de contar con representantes del Poder Judicial, del Ministerio Público y de las universidades.

[6] La CERIAJUS fue creada mediante Ley Nº 28083, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 4 de octubre del 2003.

El 7 de enero del 2006, se publicó la Ley Nº 28665, *denominada Ley de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial.*

Esta norma recogió, en lo sustancial, el borrador de propuesta de predictamen de la ley orgánica de Justicia Militar, trabajado en el seno del mencionado Grupo de Trabajo conformado a iniciativa del Presidente de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas.

A su turno, el 11 de enero del 2006, se publicó el Decreto Legislativo Nº 961, que aprobó el Código de Justicia Militar, cuya elaboración se delegó al Poder Ejecutivo a través de la Ley Nº 28636.

1.1.4 DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA Y EL CORRESPONDIENTE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.1.4.1 Demandas de inconstitucionalidad planteadas por el Ministerio Público y el Colegio de Abogados de Lima

Contra la Ley Nº 28665, *Ley de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia militar-policial*, tanto la Fiscal de la Nación como el Colegio de Abogados de Lima presentaron demandas de inconstitucionalidad, impugnando –principalmente- los siguientes aspectos:

i) **La vulneración de los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional**, y la consecuente vulneración del derecho a un debido proceso del personal militar y policial sujeto a dicha jurisdicción, dado que la Ley Nº 28665 estableció que:

- ✓ Sólo los militares en actividad –y por tanto, dependientes en línea jerárquica de sus superiores funcionales- podían acceder a la jurisdicción militar policial.

- ✓ La designación de vocales y fiscales supremos militares correspondía al Presidente de la República.

- ✓ El nombramiento de jueces y fiscales de instancias inferiores estaría a cargo de los vocales y fiscales supremos.

- ✓ La destitución de jueces y fiscales correspondía al órgano de control de la magistratura militar policial.

ii) **La vulneración del derecho a un debido proceso**, en el extremo del derecho a un juez predeterminado por ley, al disponerse la competencia de la justicia penal militar para juzgar a militares y policías en retiro, pese a que éstos ya no cumplen función militar policial.

iii) **La vulneración del derecho de igualdad y no discriminación**, al impedir, irrazonable y desproporcionadamente, que ciudadanos que

no tenían la condición de militares en actividad accedieran a la judicatura militar policial.

iv) **La vulneración de los principios de autonomía y competencias de otros órganos constitucionales autónomos**, tales como:

1. **El Ministerio Público**, al crearse una fiscalía suprema penal militar como órgano máximo de la función fiscal militar, a pesar de que la Constitución reconoce como el único órgano encargado de la función de persecución de delitos al Ministerio Público.

2. **El Consejo Nacional de la Magistratura**, al establecerse un sistema de nombramiento de los jueces y fiscales militares policiales, a cargo del Poder Ejecutivo y de los propios vocales supremos militares policial. Asimismo, al establecer un sistema de destitución a cargo del Órgano de Control Militar-Policial, pese a que la Constitución encarga al Consejo Nacional de la Magistratura la función de nombramiento y destitución de jueces y fiscales.

Asimismo, el Colegio de Abogados de Lima presentó una segunda demanda, esta vez contra el Decreto Legislativo Nº 961, que aprobó el *Código de Justicia Militar*, la misma que fue resuelta a través de la sentencia recaída en el Expediente Nº 0012-2006-PI/TC, publicada el 20 de diciembre del 2006, que declaró inconstitucionales diversas disposiciones de dicho decreto, referidos a la tipificación general y especial de los delitos de función.

1.1.4.2 Respuesta del Tribunal Constitucional a las demandas presentadas por el Ministerio Público y el Colegio de Abogados de Lima

El Tribunal Constitucional acogió, en lo fundamental, las tres demandas planteadas, respectivamente, por la Fiscal de la Nación (Exp. Nº 004-2006-PI/TC) y el Colegio de Abogados de Lima (Exp. Nº 006-2006-PI/TC y Exp. Nº 0012-2006-PI/TC).

En términos generales los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional fueron los siguientes:

a) **La integración de la justicia castrense por militares en actividad**, así como el sometimiento de dichos funcionarios al régimen jurídico castrense y por ende a los principios de subordinación y obediencia, lo que resulta incompatible con la independencia e imparcialidad tanto de jueces como de fiscales integrantes del órgano jurisdiccional militar policial.

b) **El nombramiento de los jueces militares por el Poder Ejecutivo,** en tanto esto ocurre de modo directo en el caso de vocales y fiscales supremos, y de modo indirecto, en el caso de los jueces y fiscales superiores y de primera instancia, lo que afecta los principios de independencia e imparcialidad, así como vulnera la competencia constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, que de acuerdo con el artículo 154.1 de la Constitución es el órgano constitucionalmente autorizado para nombrar a todos los jueces y fiscales de la República, con excepción de los jueces de paz.

c) **La remoción de jueces y fiscales a cargo del Órgano de Control Militar Policial,** vulnera la independencia judicial y la autonomía del Consejo Nacional de la Magistratura.

d) **El régimen de permanencia e inamovilidad temporal de los jueces militares en el cargo,** vulnera la garantía de inamovilidad.

e) **El Ministerio Público Militar-Policial**, vulnera la independencia y autonomía del Ministerio Público, toda vez que no se corresponde con el órgano constitucionalmente previsto para realizar las funciones requirentes y persecutorias, de conformidad con el artículo 158 de la Constitución Política.

1.1.4.3 La modulación en el tiempo de los efectos de la decisión del Tribunal Constitucional. La *vacatio sententiae* de la STC 0006-2006-PI/TC

En relación con la organización militar policial, el Tribunal Constitucional dispuso nuevamente un plazo de *vacatio sententiae* que, indefectiblemente, debió vencer el 31 de diciembre del 2006.

1.2 SITUACIÓN ACTUAL DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ

1.2.1 Aprobación y vigencia de la Ley Nº 29182, *"Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial"* del 10 de enero del 2008

Con posterioridad a las sentencias del Tribunal Constitucional, y dentro del plazo de prórroga de la Ley Nº 28665 dispuesto por el Congreso mediante la Ley Nº 28636, el 25 de agosto del 2006, se publicó en el diario oficial "El Peruano" la Resolución Suprema N° 362-2006-DE/SG, mediante la cual se constituyó la Comisión encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar policial y proponer las recomendaciones y proyectos normativos que resulten pertinentes para dicha finalidad.

No obstante ello, mediante la Ley Nº 28934,[7] del 16 de diciembre del 2006, el Congreso de la República amplió de modo excepcional y temporal la vigencia de la jurisdicción militar policial declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional mediante las sentencias antes señaladas, toda vez que el Congreso no había cumplido con emitir la nueva legislación militar policial que reemplazara las disposiciones correspondientes de la Ley Nº 28665.

Bajo los efectos de la prórroga de la vigencia de la Ley Nº 28665, algunas de cuyas disposiciones fueron declaradas inconstitucionales, el 15 de noviembre del

[7] Contra esta ley, el Colegio de Abogados de Lambayeque presentó una demanda de inconstitucionalidad, que fue resuelta mediante sentencia de fecha 17 de septiembre del 2008 (Exp. N° 00005-2007-PI/TC).

2007, el Pleno del Congreso de la República aprobó por 59 votos a favor y 2 en contra, el dictamen recaído en el proyecto de Ley Nº 1421/2006-CR que propuso la dación de la ley de justicia militar aprobado en la Comisión de Defensa y Orden Interno, la misma que fue publicada como Ley Nº 29182 el 11 de enero del 2008. Esta norma contiene, en lo fundamental, las mismas disposiciones señaladas como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en las sentencias antes referidas.

1.2.2 *Amicus curiae* presentado por la Defensoría del Pueblo el 7 de marzo del 2008 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El 7 de marzo del 2008, la Defensoría del Pueblo presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos un *amicus curiae* (Informe de Adjuntía Nº 02-2008-AAC/DP) en el cual sustentó su posición institucional sobre la incompatibilidad de la Ley N° 29182, con la jurisprudencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional peruano. Dicha actuación defensorial se insertó dentro del trámite de la Petición N° P-1627-07, formulada ante la Comisión por un organismo no gubernamental, el 27 de diciembre del 2007.

En el referido *amicus*, la Defensoría explicó al organismo internacional que la Ley N° 29182 contraviene los criterios de organización de la jurisdicción militar policial establecidos por reiterada jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, especialmente la sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2003-AI/TC, que declaró la inconstitucionalidad de la anterior ley de la materia (Ley N° 28665). Asimismo, se explicó que

la Ley N° 29182 contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.2.3 Demanda de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Lima contra la Ley Nº 29182, *"Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial"*

Cabe señalar que el 2 de marzo del 2009, el Colegio de Abogados de Lima presentó una demanda de inconstitucionalidad contra diferentes disposiciones de la Ley Nº 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial. Dicha demanda ha sido admitida a trámite por el Tribunal Constitucional mediante resolución del 7 de abril del presente año (Expediente Nº 0001-2009-PI/TC).

Las principales observaciones efectuadas en esta oportunidad por el Colegio de Abogados de Lima, se encuentran también referidas a la vulneración del principio de independencia judicial, debido a que la Ley regula las siguientes situaciones:

i) Los jueces y fiscales militares ostenten, simultáneamente, la condición de oficiales militares o policiales en situación de actividad.

ii) Los vocales y fiscales supremos sean nombrados por el Presidente de la República.

iii) El establecimiento de una estructura de fiscales militares ajena al Ministerio Público, como organismo constitucionalmente autónomo.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA ACTUAL CONFIGURACIÓN ORGÁNICA DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ

2.1 VINCULATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

2.1.1 Vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es de aceptación unánime que las obligaciones asumidas por los Estados al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vinculan a todos los poderes públicos integrantes del mismo, es decir, tanto al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo, al Poder Judicial, como a los órganos constitucionales autónomos o con funciones especializadas. De este modo, no sólo los actos del Poder Ejecutivo pueden ser contrarios a la Convención y por ende generar responsabilidad internacional del Estado, sino también las decisiones que adopte el Poder Legislativo a través del ejercicio de la función legislativa del Estado.

En efecto, el artículo 1 de la Convención recoge la *obligación de respeto a los derechos humanos* por parte de los Estados, precisando lo siguiente:

> *"Los estados partes en esta Convención* ***se comprometen a respetar los derechos y libertades***

> ***reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona*** *que está sujeta a su jurisdicción, (…)" –el resaltado es nuestro-*

En ese sentido, también reconoce el *deber de adoptar disposiciones de derecho interno* orientado al cumplimiento de dicha obligación; por ende, en su artículo 2, establece lo siguiente:

> *"Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes* ***se comprometen a adoptar****, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención,* ***las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades****." –el resaltado es nuestro-*

Queda establecido así el deber general de garantía de los derechos humanos, así como de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para adecuar los ordenamientos nacionales a la Convención y garantizar la vigencia de los derechos reconocidos en ella. En consecuencia, resulta claro que la promulgación y puesta en vigencia de una norma contraria o incompatible con la Convención Americana genera responsabilidad internacional de los Estados.

Además, de acuerdo con el artículo 55 y con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, estos tratados constituyen fuente normativa directa del derecho interno, en la medida que las disposiciones constitucionales que reconocen derechos y libertades

se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos de los cuales forma parte el Estado peruano.

En ese sentido, los tratados internacionales sobre derechos humanos son de aplicación directa en el ordenamiento nacional y cuentan con supremacía constitucional, de conformidad con el *principio de jerarquía normativa*[8] contenido en el artículo 51 de la Constitución.

También se ha pronunciado de este modo el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia. Como ejemplo de ello, puede citarse su sentencia emitida en el *Caso Gobierno Regional de San Martín*, en el que precisó que los tratados de derechos humanos "*constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades",*[9] indicando que entre las normas con rango constitucional se encuentran los tratados de derechos humanos.[10]

En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado peruano **se encuentra obligado adicionalmente por la interpretación que hace de dicho tratado la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, no sólo en los casos donde es parte tal como lo establece el numeral 1) del artículo 68 de la Convención,[11] sino en todos los casos, de acuerdo con un criterio de vinculación amplia asumido por el

---

[8] Sobre el *principio de jerarquía normativa de las normas*, cabe revisar la sentencia recaída en el *Caso 64 Congresistas de la República*, Expediente Nº 005-2003-AI/TC del 3 de octubre del 2003, f.j. 5.

[9] Expediente Nº 047-2004-AI/TC del 24 de abril del 2006, f.j. 22.

[10] *Ídem*., f.j. 21 y 22.

[11] Artículo 68°.- 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

Tribunal Constitucional, tal como lo expresó en el *Caso Crespo Bragayrac* en el que señaló que:

> *"De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos de la región".*[12]

De igual modo, la línea de interpretación del Tribunal Constitucional sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia supranacional de protección de derechos humanos es uniforme. Así, los magistrados constitucionales han señalado que:

> *"Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución),* ***sino que comprende también a la jurisprudencia que***

[12] Expediente Nº 0217-2002-HC/TC del 17 de abril del 2002, f.j. 2.

> ***sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos*** *(Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)."*[13] *–el resaltado es nuestro-*

Es claro entonces que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos generan consecuencias de obligatorio cumplimiento para todos los órganos del Estado peruano, dentro del cual está, ciertamente, el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo.

2.1.2 Vinculatoriedad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

Considerando que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en materia de justicia militar son producto de demandas de inconstitucionalidad, conviene precisar los alcances y la vinculatoriedad de las decisiones de dicho colegiado atendiendo a la naturaleza de dicho proceso constitucional.

De conformidad con los artículos 204 de la Constitución y 82 del Código Procesal Constitucional, las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad tienen la autoridad de cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos.

---

[13] Expediente Nº 4587-2004-AA/TC del 29 de noviembre del 2005, f.j. 44. Además, sobre esta obligación en materia de derechos humanos ver Expediente Nº 2798-2004-HC/TC del 9 de diciembre del 2004, f.j. 8; Expediente Nº 4677-2005-PHC/TC del 12 de agosto del 2005, f.j. 11 y Expediente Nº 01412-2007-PA/TC del 11 de febrero del 2009, f.j. 7.

Así, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, precisó que:

> *"[L]as sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma legal tienen efectos de: a) fuerza de ley; b) cosa juzgada; y c) aplicación vinculante a los poderes públicos."*[14]

Por ende, los operadores jurídicos no sólo están vinculados al fallo en una sentencia de inconstitucionalidad, sino también a los fundamentos jurídicos y, respecto de ellos, la vinculación recaerá sobre las razones suficientes o *ratio decidendi*, que son las que confirman o descartan la constitucionalidad de un precepto legal.[15,16]

En materia de Justicia Militar, se puede evidenciar que no obstante que el Tribunal Constitucional ha determinado los lineamientos y parámetros que debe contener la estructura de la justicia castrense para ser compatible con la Constitución, la respuesta del Congreso de la República es la de reiterar dichas contravenciones e incompatibilidades a través de normas que vienen siendo cuestionadas permanentemente ante dicho colegiado constitucional.

Además, mientras ello sucede, las personas que consideran vulnerados sus derechos por la aplicación de dicha normativa, vienen presentando demandas y, por su parte,

---

[14] Expediente Nº 00053-2004-PI/TC del 16 de mayo del 2005, f.j. V.

[15] CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Editorial palestra, septiembre del 2008, Lima-Perú, p. 115.

[16] Sobre el desarrollo de la estructura de las sentencias del Tribunal Constitucional, se sugiere consultar la sentencia recaída en el *Caso Municipalidad Distrital de Lurín,* Expediente Nº 0024-2003-AI/TC del 10 de octubre del 2005.

la justicia constitucional está inaplicando las normas que considera inconstitucionales en cada caso concreto.

2.2 LA LEY Nº 29182, "LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL FUERO MILITAR POLICIAL" Y SU COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

2.2.1 La configuración constitucional de la Justicia Militar como parámetro de interpretación de la normativa infraconstitucional

Las normas constitucionales que hacen referencia a la justicia militar son las siguientes.

> ***"Artículo 139.-*** *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." (…)*
>
> ***"Artículo 141.-*** *Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173."*

> ***"Artículo 173.-*** *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 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte."*

La Defensoría del Pueblo, considerando el marco constitucional de la referencia y la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esboza los siguientes parámetros de interpretación:

i) La función jurisdiccional es única e indivisible, por lo que no es posible sostener la existencia de varias jurisdicciones y, por ende, una que sea independiente con relación a la otra.

ii) De la Constitución no se deriva que el constituyente haya ordenado la existencia de una organización denominada Justicia Militar, que funcione al margen de la organización judicial común.

iii) En efecto, las normas constitucionales que hacen referencia a la Justicia Militar son de naturaleza competencial o contienen reglas de aplicación personal de la ley penal militar, por ende, no existe norma que asegure una reserva de conformación orgánica independiente para la justicia castrense.

Además conforme al artículo 150 de la Constitución, la selección y designación de jueces

y fiscales le corresponde al Consejo Nacional de la Magistratura, admitiendo dicha regla general las excepciones siguientes:

- ✓ La composición del pleno del Jurado Nacional de Elecciones (artículo 179 de la Constitución).

- ✓ Los miembros del Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución).

Ambos son órganos constitucionales autónomos a los que la Constitución también otorga el ejercicio de función jurisdiccional y establece reglas de conformación, selección, elección y designación de sus miembros.

También constituye otra excepción, el caso de las comunidades campesinas y nativas (artículo 149 de la Constitución), que pueden ejercer funciones jurisdiccionales con el apoyo de las rondas campesinas, conforme al derecho consuetudinario, en el ámbito de su territorio y siempre que no vulneren derechos fundamentales.

iv) Se puede colegir que cuando el constituyente ha querido establecer o asegurar una determinada organización en materia de justicia, se ha ocupado de establecer reglas expresas en ese sentido, garantizando su autonomía e independencia, su conformación, el mecanismo de elección o nombramiento de sus miembros o titulares, los requisitos para ello, sus competencias básicas, entre otros aspectos centrales de organización y funcionamiento.

v) En consecuencia, la función jurisdiccional del Estado es única, por lo que no resulta correcto calificar a la justicia castrense como una *"jurisdicción independiente"*, sino como una *especialidad jurisdiccional constitucionalizada.*

En ese sentido, el legislador en ejercicio de su libertad de configuración, debe responder a la necesidad de que exista una especialidad jurisdiccional que responda a la necesidad de juzgamiento de los delitos de función.

2.2.2 Nombramiento de jueces y fiscales de la justicia militar por parte del Poder Ejecutivo

2.2.2.1 Sobre la garantía de exclusividad e independencia de la función jurisdiccional

Bajo este parámetro, advertimos con preocupación que mediante los artículos 10 y 23 de la Ley Nº 29182, el legislador insiste en que la atribución de nombrar a los Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial y de los Fiscales Supremos del Fuero Militar Policial, le corresponde al 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.

Además, sobre estos vocales y fiscales supremos designados por el Presidente de la República, recae la responsabilidad del nombramiento de los jueces y fiscales de las instancias inferiores, con lo cual, estos nombramientos también dependen del Poder Ejecutivo.

Con meridiana claridad, se puede indicar que la conformación inicial de la Justicia Penal Militar Policial en todos sus niveles, está a cargo no solamente de un órgano distinto al que la Constitución le atribuye la función constitucional de designación y selección de jueces y fiscales. Asimismo, se incumple con lo establecido por el Tribunal Constitucional, en el sentido de no admitir la intervención del Poder Ejecutivo en dicho órgano y por ende en la referida función constitucional.

Por estas consideraciones, la Defensoría del Pueblo considera que resulta inconstitucional el sistema de selección y designación, así como de destitución de jueces castrenses y policiales a cargo del Poder Ejecutivo, y ciertamente las demás normas conexas con dichas disposiciones. A su vez, también resulta contrario con los artículos 1 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen el derecho de toda persona a un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.

2.2.2.2 Sobre el principio de igualdad y no discriminación: acceso a la función pública en condiciones de igualdad

De otro lado, establecer que únicamente personas con formación castrense y en situación de actividad pueden acceder y desempeñarse en la jurisdicción penal militar policial, resulta contraria al principio de igualdad y al mandato de no discriminación reconocido en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución y los artículos 23.1.c) y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con relación a los derechos a la libertad de trabajo y acceso a la función pública, en este caso a la función jurisdiccional.

En efecto, si bien el ingreso a la función pública puede ser objeto de regulación y de limitación o restricción por parte del legislador, dichas limitaciones deben estar sustentadas en justificaciones razonables y proporcionadas, que tengan como objetivo fundamental el cumplimiento de los fines del servicio, administración o función pública correspondiente.

Siendo ello así, conviene recordar que lo que justifica la existencia de una especialidad jurisdiccional penal militar policial, es la necesidad de juzgar adecuadamente los delitos de función militar y policial. En esa medida, los requisitos o limitaciones para acceder y ejercer funciones en dicha especialidad jurisdiccional, deben estar orientadas al mejor juzgamiento de tales delitos.

Considerando que la especialidad de los delitos de función radica en que se trata de un delito de *infracción de deber*, la especialidad jurisdiccional castrense debe estar orientada al mejor juzgamiento de este tipo de injustos, para lo cual debe considerarse:

i) Que dicha especialidad jurisdiccional exige que los magistrados de dicha tengan conocimientos especializados de Derecho administrativo castrense y en general del ámbito normativo que rige la actividad castrense y policial, toda vez que es precisamente a partir de este complejo normativo que se configuran los deberes institucionales castrenses y policiales que son infringidos.

ii) Se trata de una especialización estrictamente jurídica o normativa y en ningún caso vivencial o relacionada con la pertenencia a los institutos armados.

En consecuencia, la valoración sobre si unos hechos califican o no en determinado tipo penal, sea éste de dominio o de infracción de deber, constituye una tarea esencialmente normativa, para lo cual se requiere una formación jurídico-profesional, aunque en algunos supuestos, como el de los delitos de función castrense y policial, además de ello se necesita un nivel de especialización sobre materias determinadas, pero igualmente de naturaleza jurídica. Ello porque las cuestiones de hecho y sus eventuales complejidades (las vivencias militares o policiales) son aspectos que deben ser alegados, debatidos y probados en el proceso por las partes y eventualmente de existir supuestos de duda o donde se requiere de una opinión especializada, se recurre al auxilio pericial.

Sobre este aspecto de la jurisdicción militar policial, el Tribunal Constitucional ya ha fijado posición en los siguientes términos:

> *"…las medidas legislativas cuestionadas, que limitan los derechos a la igualdad en el acceso a las funciones públicas y de trabajo de aquellas personas que teniendo una óptima especialización en materia militar no han tenido "vivencia militar" y no se encuentran formando parte de un cuerpo jurídico de las Fuerzas Armadas y Policiales, no resultan absolutamente necesarias para la consecución del fin que se pretende, pues éste pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales". (Expediente N° 0006-2006-PI/TC, f.j. 28)*

En tal sentido, no encontramos ningún elemento razonable y proporcionado que justifique la limitación

del acceso a la justicia castrense y policial, únicamente a funcionarios militares en actividad, impidiendo con ello que profesionales del Derecho que cuentan con especialización en derecho militar o policial también puedan acceder a dicha función pública.[17] En esa medida, tal limitación resulta discriminatoria y por ende inconstitucional.

Por las razones expuestas, la Defensoría del Pueblo considera que las normas mencionadas que configuran el modelo cuestionado resultan inconstitucionales y contrarias a los artículos 23.1.c) y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los términos señalados. Ciertamente también resultan inconstitucionales todas las demás normas conexas.

2.2.3 Integración de la justicia castrense por militares en actividad

La exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional se encuentra reconocida en el numeral 1) y en el segundo párrafo del numeral 2) del artículo 139, así como en el primer párrafo del artículo 146 de la Constitución política.

Las dos primeras normas señalan que la función jurisdiccional es exclusiva y que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante los órganos jurisdiccionales ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, la segunda norma dispone la incompatibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional

[17] Se sugiere ver sobre el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, la sentencia recaída en el *Caso Colegio de Abogados de Arequipa y otro* del 25 de abril del 2006, expedientes acumulados Nºs 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

con cualquier otra actividad pública o privada, *con la única excepción de la docencia universitaria y fuera del horario de trabajo*.

En consecuencia, una de las garantías esenciales que integran el *principio de unidad de la función jurisdiccional* es la exigencia de *exclusividad en el ejercicio* de dicha función. La exclusividad, en tanto inherente a todo ejercicio de jurisdicción, también resulta exigible en el ámbito de la justicia castrense, la cual presenta dos vertientes:

i) *Vertiente positiva*, establece que el Estado tiene el monopolio de la jurisdicción y los únicos que pueden ejercerla son los jueces y tribunales que gozan de independencia respecto de cualquier poder del Estado, por lo que no es posible que la potestad jurisdiccional sea asignada por el legislador al Poder Ejecutivo o Legislativo;

ii) *Vertiente negativa*, obliga a los órganos y funcionarios a los que se les atribuye potestad jurisdiccional, que la ejerzan de manera exclusiva, es decir que no pueden compartir dicha actividad con otra función, sea pública o privada, salvo las constitucionalmente autorizadas.

De acuerdo con esta vertiente de la exclusividad, tampoco es posible que los funcionarios que tienen atribuida la función jurisdiccional, compartan con el ejercicio de dicha función, estatus jurídicos incompatibles con aquélla.

De este modo, la vertiente negativa de la exclusividad prohíbe que los magistrados a quienes se ha atribuido

potestad jurisdiccional, puedan ejercer cualquier otra actividad pública o privada, con la única excepción de la docencia universitaria. Así, el legislador no se encuentra autorizado a encomendar a los jueces, funciones distintas a la jurisdiccional o estatutos que no se correspondan con dichas funciones, salvo la excepción antes anotada.

En efecto, la finalidad constitucional de esta garantía es la de preservar a la jurisdicción de cualquier interés funcional distinto o contradictorio a la administración de justicia, la misma que debe caracterizarse por las notas de *independencia* e *imparcialidad*.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 0023-2003-AI/TC, y reiterado en la decisión emitida en el Expediente Nº 0004-2006-PI/TC, ha señalado:

> *"El Tribunal Constitucional comparte los argumentos expuestos por la demandante, pues* ***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; y, por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales".(Exp. Nº 0023-2003-AI/TC, f.j. 42 y Exp. Nº 0004-2006-PI/TC, f.j. 68). –el resaltado es nuestro-*

En efecto, para el Tribunal, en tanto el juzgamiento de delitos de función supone la eventual afectación de la libertad personal, exige que dicha función sea realizada:

> *"...por jueces sobre los que no exista ninguna duda de sus condiciones de imparcialidad e independencia, insitas a cualquiera que ejerza funciones jurisdiccionales en nombre del pueblo". (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC, f.j. 44)*

Notas que, sin embargo, no concurren en profesionales militares y policiales que ejercen además función jurisdiccional, toda vez que, según el criterio del Tribunal:

> *"Aun en el supuesto de que los jueces militares pretendiesenactuarconindependenciaeimparcialidad en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es incuestionable que, objetivamente, la propia estructura de la jurisdicción militar imposibilita tal actuación, tal como se verá más adelante". (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC, f.j. 45)*

Más aún, el Tribunal Constitucional, ampliando su argumentación, precisó lo siguiente:

> *"No se trata, en este caso, de negar la legítima aspiración de un oficial en actividad a formar parte de la función jurisdiccional del Estado, en la especialidad militar, sino más bien de una exigencia según la cual para que un oficial-abogado pueda desempeñarse como juez militar, debe 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 éste reciba, por ejemplo, beneficios asistenciales de salud, educación, vivienda, bienestar, por parte de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional (como lo dispone la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley N° 28665), o que se establezcan disposiciones 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". Simplemente, estas disposiciones atentan contra la independencia e imparcialidad de las que debe estar investido todo juez de la República. Para evitar tales atentados a la independencia e imparcialidad, se exige que todos los jueces, independientemente de su especialidad (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 quienes se encuentren en el mismo nivel y jerarquía." (Exp. N° 0004-2006-PI/TC, f.j. 68)

Asimismo, agrega el Tribunal:

"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 ésta 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 pueden 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". (f.j. 68)*

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, expresando lo siguiente:

> *"130. (…) de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares".*

Además, en el *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre del 2005, la Corte reiteró el siguiente criterio que, a su vez, ha sido recogido por el Tribunal Constitucional peruano:

> *"155. La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares 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 e inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad". (STC 0004-2006-PI/TC, f.j. 70)*

De este modo, queda claro conforme al criterio establecido por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los jueces de la especialidad castrense, no pueden tener la condición de militares en actividad.

Este criterio, al igual que en la Ley Nº 28665, es desconocido por la Ley Nº 29182, en las disposiciones siguientes:

i) El artículo V del Título Preliminar de la Ley Nº 29182, ha configurado un esquema según el cual, los operadores de la jurisdicción 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.

ii) De acuerdo con el artículo 38 de la misma ley, el Cuerpo Jurídico Militar-Policial está constituido por los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de

la Policía Nacional del Perú en situación de actividad y con formación jurídica militar policial, acreditada con título profesional de abogado, salvo la excepción contenida en el artículo 10 de la ley, que permite el nombramiento de un oficial en retiro del Cuerpo Jurídico Militar Policial.

iii) El artículo 9 de la ley dispone que el Tribunal Supremo Militar Policial está conformado por diez (10) Vocales Supremos, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, "*con grado militar o policial de Oficial General, Almirante o su equivalente en situación de actividad*", disposición que es reiterada para el caso de las instancias inferiores, de acuerdo con los artículos 15 y 19.

iv) En el caso de los fiscales militares-policiales, esta situación es reiterada por el artículo 22 de la referida ley.

La situación expuesta, no es válida constitucionalmente si se tiene en cuenta que conforme a los artículos I y II del Título Preliminar y a los artículos 3 y 4 de la Ley N° 29182, la justicia militar policial es completamente ajena al Poder Judicial y que sólo se vincula con éste de modo absolutamente residual, toda vez que esta relación sólo se produce con la Corte Suprema en el caso de casación en el supuesto excepcional de pena de muerte (artículos 173 de la Constitución y 3 de la Ley Nº 29182). Asimismo, la jurisdicción militar policial se relaciona con el Tribunal Constitucional únicamente en el caso de resolución de contiendas y conflictos de competencia con el Poder Judicial (artículo 4 de la Ley Nº 29182).

En consecuencia, un modelo de organización y conformación de los órganos jurisdiccionales como el descrito, las garantías de *autonomía*, *imparcialidad* e *independencia* de los jueces y vocales de la justicia penal militar policial, reconocidas en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 29182, resultan meramente declarativas o simbólicas.

Este diseño normativo, a través de la composición de los órganos jurisdiccionales con oficiales en actividad dependientes de un órgano jurisdiccional supremo compuesto, no constituye pues un entorno institucional favorable para el ejercicio de una función jurisdiccional autónoma, independiente e imparcial, de acuerdo con los parámetros del numeral 1) del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el numeral 1) y en el segundo párrafo del numeral 2) del artículo 139, así como en el primer párrafo del artículo 146 de la Constitución.

2.2.4 Destitución de jueces y fiscales de la justicia militar policial

El numeral 3) del artículo 154 de la Constitución Política, establece lo siguiente:

> *"Artículo 154.- Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:*
> *(…)*
> *3. Aplicar 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. (…)"*

Esta disposición constitucional reserva la competencia de destitución de vocales y fiscales supremos al Consejo Nacional de la Magistratura, y respecto a los jueces y fiscales de las instancias inferiores, al mismo órgano, a solicitud de la Corte Suprema o de las Juntas de Fiscales Supremos.

Sin embargo, en el Capítulo I del Título VI de la Ley Nº 29182 (artículos 33 al 35), que *regula el Órgano de Control de la Magistratura Militar-Policial*, configura un órgano dentro de la estructura jurisdiccional militar policial, encargado de fiscalizar la conducta funcional y la idoneidad de los Vocales, Jueces, Fiscales y auxiliares de la jurisdicción militar policial, y de aplicar sanciones disciplinarias de amonestación verbal o escrita, suspensión del cargo sin goce de haber hasta por noventa días naturales y, lo más grave, destitución o separación definitiva del cargo.

Como se ve, en el caso de vocales supremos, la disposición es clara en reservar esta competencia al Consejo Nacional de la Magistratura, por lo que este aspecto de la Ley Nº 29182 es inconstitucional.

Respecto de la destitución de los jueces y fiscales de instancias inferiores, en la sentencia recaída en el Expediente Nº 0006-2006-PI/TC (fundamento jurídico 38), el Tribunal Constitucional precisó que en base al principio de unidad de la función jurisdiccional:

> *"(…) el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que cada uno de sus órganos deben poseer no sólo similares garantías y reglas básicas de organización y funcionamiento, sino también un mismo régimen disciplinario".*

De este modo, a juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de dos regímenes disciplinarios dentro del cumplimiento de la función jurisdiccional del Estado, que es unitaria, fragmenta la unidad de la función jurisdiccional, porque dicha configuración es inconstitucional.

En ese sentido, la Defensoría del Pueblo considera la configuración que la Ley Nº 29182 establece del órgano disciplinario de la justicia militar policial es inconstitucional, y contrario a las exigencias de los artículos 1 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al numeral 3) del artículo 154 de la Constitución Política.

2.2.5 Independencia del Ministerio Público castrense y policial

Tanto la Constitución de 1979 como la Carta de 1993, instituyeron al Ministerio Público como un órgano constitucional autónomo de los demás poderes del Estado, al que atribuyeron en exclusividad el ejercicio de la acción penal, garantizando con ello el ejercicio independiente y especializado de esta función estatal.

En efecto, de acuerdo con el artículo 158 de la Constitución Política, el Ministerio Público es un órgano autónomo presidido por el Fiscal de la Nación, quien ostenta su dirección político institucional, y cuyos miembros se encuentran equiparados en cuanto a derechos, obligaciones, así como a requisitos y procedimientos de nombramiento, a los miembros del Poder Judicial. A su vez, el numeral 5) del artículo 159 de la Constitución Política, establece que corresponde al Ministerio Público ejercer la acción penal de oficio o a petición de parte.

Del diseño constitucional antes anotado se deriva lo siguiente:

i) El Ministerio Público es presidido por el Fiscal de la Nación, quien lo dirige.

ii) El Ministerio Público es un órgano constitucional autónomo en el que se encuentra vedada la intervención directa o indirecta de cualquier otro poder del Estado y en especial del Poder Ejecutivo, dado que se abandona el modelo napoleónico de un ente autárquico.[18]

iii) Las funciones del Ministerio Público no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano o entidad, sea que se organice de manera paralela al mismo, o incluso al interior del mismo pero con una configuración distinta.

En efecto, el Capítulo V de la Ley Nº 29182 (artículos 21 al 25), prevé la existencia de órganos fiscales militares policiales ajenos al Ministerio Público, determinando en su artículo 22, en concordancia con el artículo V del Título Preliminar de la Ley, que los fiscales de todo nivel son oficiales en situación de actividad con grado militar o policial, equivalente al de los vocales o jueces del respectivo órgano jurisdiccional, provenientes *únicamente* del Cuerpo Jurídico Militar-Policial.

De este modo, no sólo se crea una organización *ad hoc* o especial de fiscales fuera del ámbito del Ministerio Público – no se trata únicamente de una especialidad

[18] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Ministerio Público y reforma de la justicia: algunos planteamientos de principio.* En: Revista de la Academia de la Magistratura. Lima, enero de 1998. N° 1. p. 34.

sino esencialmente de un órgano - sino que además, se sustrae la dirección y conducción funcional de dicho órgano del ámbito competencial del Fiscal de la Nación, colocando en su lugar a un Fiscal Supremo Militar Policial, que tal como lo establece el artículo 24 de la ley, *"dirige y orienta el ejercicio de la función fiscal en el Fuero Militar Policial."*

Sin duda, ello contraviene la configuración constitucional del Fiscal de la Nación como máxima autoridad del Ministerio Público y por ende su condición de director funcional de todos los fiscales que ejercen el monopolio de la acción penal. De este modo, se establece dos cuerpos de fiscales:

(i) Uno conformado por los fiscales supremos, superiores y provinciales dirigidos por el Fiscal de la Nación.

(ii) Otro compuesto por los fiscales penales militares policiales integrado en un Cuerpo Fiscal Penal Militar y dirigidos por el Fiscal Supremo Penal Militar Policial, lo cual resulta manifiestamente contrario a la configuración constitucional del Ministerio Público y de la posición del Fiscal de la Nación.

Además, en la Ley Nº 29182 existen otras disposiciones que resultan incompatibles con la Constitución Política, como las siguientes:

i) Que los fiscales penales militares policiales, en sus distintos niveles, deben ser oficiales en situación de actividad (artículo 22).

ii) Que los fiscales penales militares policiales deben contar necesariamente con formación jurídico militar policial, cuyo conocimiento se adquiere la asimilación a los Cuerpos Jurídicos Militares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional (artículos V del Titulo Preliminar y 22).

Siendo ello así, el esquema descrito vulnera la configuración constitucional autónoma del Ministerio Público, al permitir a través del sistema antes analizado, que funcionarios del Poder Ejecutivo ejerzan la función persecutoria, requirente y acusatoria que la Constitución reserva para funcionarios autónomos frente a los poderes del Estado y especialmente respecto del Poder Ejecutivo, integrados al Ministerio Público.

Asimismo, esta decisión del legislador vulnera el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 004-2006-PI/TC (fundamento jurídico 103), expresado en los siguientes términos:

> *"Por ello, en lo que se refiere a los extremos de las disposiciones cuestionadas, el Tribunal Constitucional estima que son inconstitucionales por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, el principio de igualdad, así como las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la magistratura, toda vez que, además de encontrarse establecidos en un estatuto jurídico "especial" introducen en el Ministerio Público una Fiscalía Penal Militar Policial compuesta de oficiales que provienen de un organismo como el denominado Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial, que no han sido elegidos conforme a los preceptos de la Norma Fundamental y no dependen de los*

órganos de gestión del Ministerio Público, siendo además que estos extremos otorgan un tratamiento diferenciado a fiscales que se encuentran en el mismo nivel y jerarquía".

Por todas las consideraciones expuestas, los artículos V del Título Preliminar, 22 y 24 de la Ley N° 29182 y demás normas conexas que configuran los denominados órganos fiscales militares policiales, resultan inconstitucionales y contrarias a los artículos 1 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 158 y 159 de la Constitución Política.

2.3 CONSECUENCIAS DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LA LEY Nº 29182 CON LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

2.3.1 Responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

De este modo, de acuerdo con lo señalado, la promulgación por parte del Estado peruano de la Ley Nº 29182, supone una contravención a los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que, tal como ya fue desarrollado, resulta incompatible con la vigencia de una serie de derechos fundamentales reconocidos por la Convención.

En efecto, la configuración orgánica de la jurisdicción militar policial constituye, tal como se ha demostrado, una evidente vulneración de los derechos que tiene

toda persona a ser juzgados por un juez independiente e imparcial, así como, de acceder a la función pública en condiciones de igualdad.

Así, la Ley Nº 29182 constituye un incumplimiento de las obligaciones asumidas, toda vez que no sólo defrauda las expectativas que supone el formar parte de un mecanismo colectivo de garantía, sino además, coloca en una situación de precariedad la vigencia de los derechos fundamentales comprometidos por la promulgación de la norma en cuestión.

Ahora bien, a este supuesto de responsabilidad internacional le pueden seguir otros incumplimientos que también generan responsabilidades adicionales, en tanto la norma (su aplicación) constituye la fuente de violaciones concretas de derechos reconocidos por la Convención.

Este criterio se ha ido imponiendo con el paso del tiempo en la consideración tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al punto que hoy en día constituye una doctrina consolidada. Así por ejemplo, la Comisión Interamericana en los casos de las *leyes de amnistía* (1992), dictadas por Uruguay y Argentina, estableció que las referidas normas resultaban incompatibles con los artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención. A su turno, en el *Caso Verbitsky vs. Argentina* la Comisión señaló los alcances del deber general del artículo 2 de la Convención con relación a la función que cumplen de cara a hacer efectiva la vigencia de los derechos en ella reconocidos.[19]

[19] Cancado Trindade, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2001. pp. 392.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 17 de septiembre de 1997, en el *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, al establecer la incompatibilidad de las normas que tipificaban los delitos de terrorismo y traición a la patria con la Convención. Asimismo, en la sentencia del 12 de noviembre de 1997, en el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, determinó la incompatibilidad de una disposición del Código Penal de ese país con los artículos 7.5 y 2 de la Convención.[20] Esta doctrina encontró especial reconocimiento y consolidación en la sentencia del 14 de marzo del 2001, en el *Caso Barrios Altos vs. Perú*, donde se determinó que las leyes de amnistía resultan inadmisibles e incompatibles con la Convención, declarando que este tipo de normas *carecen de efectos jurídicos*.

2.3.2 Problemas generados a partir del incumplimiento de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional peruano

Como ya se ha señalado, tanto la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía de la Nación y el Colegio de Abogados de Lima, acudieron al Tribunal Constitucional para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la organización judicial militar policial prevista, sucesivamente, por las Leyes Nº 23201, *Ley Orgánica de la Justicia Militar* y Nº 28665, *Ley de Organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar*".

Estas demandas fueron, en lo sustancial, acogidas por el Tribunal Constitucional, que estableció criterios

[20] *Loc. Cit.*

de organización de la jurisdicción militar policial, vinculantes para todos los operadores jurídicos, en especial, para el Congreso de la República, que tuvo la obligación de emitir una nueva organización acorde con dichos criterios.

No obstante ello, el Congreso de la República del Perú aprobó, y el Poder Ejecutivo promulgó, la Ley Nº 29182, mediante la cual se regula la organización de la justicia militar policial, conteniendo disposiciones contrarias a los criterios claramente señalados por el Tribunal Constitucional, que como ya se dijo, tienen la calidad de cosa juzgada. Estos parámetros, de acuerdo con los artículos 201, 202 y 204 de la Constitución Política y el artículo VII del Código Procesal Constitucional constituyen criterios que obligan a todos los ciudadanos, especialmente a los órganos del Estado, como el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo.

Esta situación revela un grave quebrantamiento del principio de separación de poderes y del ordenamiento democrático constitucional, expresado en el desconocimiento de los órganos ejecutivo y legislativo del papel de Supremo Intérprete de la Constitución que el sistema constitucional peruano le otorga al Tribunal Constitucional, más aún cuando dicho Tribunal ha acogido las posiciones de otros órganos constitucionales autónomos como la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía de la Nación y de una institución de carácter público vinculada con el quehacer jurídico como el Colegio de Abogados de Lima.

Asimismo, en las páginas que anteceden, la Defensoría del Pueblo ha desarrollado los aspectos centrales de la organización de la justicia militar diseñada por la

Ley Nº 29182, que afectan no sólo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano sino también derechos fundamentales reconocidos tanto en la Constitución Política de 1993 como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como bien lo ha indicado el Tribunal Constitucional, es necesario tener presente que:

> *"**el plazo de vacatio sententiae no debe servir solamente para la expedición de las disposiciones** que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, **sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución**."* [21] *-el resaltado es nuestro-*

En materia de justicia militar, el Supremo Intérprete de la Constitución emitió hasta en tres oportunidades (Expedientes Nºs 0023-2003-AI/TC, 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC), sentencias exhortativas a los poderes públicos, especialmente al Congreso de la República, como consecuencia de la aplicación de la *tesis previsora* de las consecuencias de la interpretación constitucional que realiza dicho colegiado, con la finalidad de evitar inestabilidad normativa o la creación de un mal mayor que aquel que se pretende desterrar.

A este respecto, en el *Caso Municipalidad Distrital de Lurín* (Expediente Nº 0024-2003-AI/TC del 10 de octubre del 2005), el Tribunal Constitucional indicó lo siguiente:

---

[21] Numeral 6 de la parte resolutiva de la sentencia recaída en el Expediente Nº 0006-2006-PI/TC del 13 de junio del 2006.

> *"(…) la aplicación diferida se determina en una sentencia con vacatio sententiae; es decir,* ***las consecuencias jurídicas de una decisión se suspenden durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever las derivaciones políticas, económicas o sociales que ello alcance****." –el resaltado es nuestro-*
>
> *"(…) no debe olvidarse que* ***todo Tribunal Constitucional tiene la obligación de aplicar el principio de previsión*** *mediante el cual se pretedetermina la totalidad de las "consecuencias" de sus actos jurisdiccionales." –el resaltado es nuestro-*
>
> *"(…)* ***el efecto diferido evita el hecho de corregir un mal creando otro mal****, lo cual es evitable por la vía de la suspensión temporal de los efectos de una sentencia (…)" –el resaltado es nuestro-*

Pese a las demandas de inconstitucionalidad y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la respuesta normativa que se ha dado desde el Congreso de la República y, por ende, también del Poder Ejecutivo, ha contribuido a mantener un *estado de cosas inconstitucional* en cuanto al diseño de una nueva organización de la justicia militar que sea compatible con la Constitución Política y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Frente a la ausencia de una normativa que establezca una configuración orgánica y funcional de la justicia militar policial compatible con la Constitución del Estado, se han presentado los siguientes supuestos:

i) El Colegio de Abogados de Lima, el 2 de marzo del 2009, ha presentado una demanda de inconstitucionalidad contra diferentes disposiciones de la Ley Nº 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, la cual ha sido admitida a trámite con resolución del 7 de abril del 2009 (Expediente Nº 0001-2009-PI/TC).

ii) También, el Tribunal Constitucional –en su tendencia jurisprudencial- viene inaplicando disposiciones normativas contrarias a los lineamientos consolidados a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su propia jurisprudencia.

Como ejemplos de este segundo supuesto, reseñamos los pronunciamientos siguientes:

1. En el *Caso Soto Sarmiento* (Exp. Nº 8353-2006-HC/TC del 9 de abril del 2007), el Tribunal Constitucional inaplicó la Ley Nº 28934 y además declaró nulo los procesos en trámite seguidos contra el recurrente por no ser de competencia militar policial. Conviene esbozar sus principales consideraciones:

i) Se recuerda que *es incompatible con la Constitución la existencia de fiscales penales militares por vulnerar la autonomía del Ministerio Público y, en el mismo sentido, la de jueces militares en actividad* por vulnerar el derecho fundamental a un juez independiente e imparcial (fundamento jurídico 4).

ii) La prórroga de la *vacatio sententiae* establecida en la sentencia recaída en el Expediente Nº 0006-2006-PI/TC por parte del Congreso de la República a través de la Ley Nº 28934, constituye un abierto desacato a cumplir con la exhortación del Tribunal Constitucional y, al mantenerla en modo indefinido supone:

- ✓ El incumplimiento del deber constitucional de legislar en el tiempo oportuno, constituyendo una ***inconstitucionalidad por ocio legislativo*** (fundamento jurídico 5.i).

- ✓ Que la justificación para inaplicar la ley, obedece a la situación de mantener un ***estado de cosas inconstitucional*** más allá de un tiempo razonable fijado por el Tribunal Constitucional (fundamento jurídico 5.ii).

2. En el C*aso Condori Condori* (Exp. Nº 01605-2006-PHC/TC del 11 de enero del 2008), el Tribunal Constitucional inaplicó el artículo 19 y la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Nº 29182, además, declaró nulo el proceso militar seguido contra el recurrente por afectarse la garantía a un juez independiente e imparcial. De la misma manera, reseñamos su principales consideraciones:

i) Los *jueces penales militares policiales no pueden ser nombrados por el Poder Ejecutivo*, por cuanto vulnera el derecho fundamental a un juez independiente e imparcial (fundamento jurídico 2).

ii) Se recuerda 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, el principio de separación de poderes y es incompatible con que dichas personas estén sujetas a los principios de jerarquía y obediencia* (fundamentos jurídicos 3 y 4).

iii) La nueva ley vulnera la autoridad de cosa juzgada de las decisiones del Tribunal Constitucional y, su incumplimiento, constituye además una situación de ***rebeldía legislativa***, al no haber legislado sobre una materia respeto de la cual dicho colegiado ya se ha pronunciado (fundamento jurídico 7).

3. En el *Caso Pereyra Briceño* (Expediente Nº 01524-2007-PHC/TC del 9 de diciembre del 2008), el Tribunal Constitucional declaró nulo un proceso penal seguido contra el recurrente ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, considerando que el proceso no se había iniciado sobre la base de una denuncia expedida por un fiscal constitucional que forme parte de Ministerio Público, único titular de acción penal, conforme al inciso 5) del artículo 159 de la Constitución Política (fundamentos jurídicos 5 y 7).

Esta falta de respuesta por parte del Estado en dar una normativa compatible con la Constitución Política, constituye una manifiesta vulneración de la autoridad de la cosa juzgada de las decisiones del Tribunal Constitucional, un desconocimiento de su competencia como garante del control de la constitucionalidad y, como ya se ha indicado, un quebrantamiento del principio de separación de poderes.

CONCLUSIONES

a) La Justicia Militar constituye una línea de trabajo ampliamente desarrollada por la Defensoría del Pueblo, pues desde el inicio de sus funciones advirtió que sus diseño normativo tenía problemas de compatibilidad con las exigencias constitucionales y las obligaciones internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos, lo que conllevó la realización de continuos análisis sobre la normativa que regula la justicia militar.

Producto de ello se publicaron el Informe Defensorial Nº 6: *"Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú"*, el Informe Defensorial Nº 64: *"Hacia una reforma de la justicia militar en el Perú"* y el Informe Defensorial Nº 66: *¿Quién juzga qué? Justicia Militar vs Justicia Ordinaria. El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*, y finalmente el Informe Defensorial N° 104: "*Inconstitucionalidad de la legislación penal-militar aprobada por la Ley N° 28665 y el Decreto Legislativo N° 961*".

b) De la misma manera, la normativa sobre justicia militar ha sido cuestionada desde la perspectiva técnico-jurídica en varias oportunidades mediante demandas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por parte de la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía de la Nación y el Colegio de Abogados de Lima. Como consecuencia de ello, el Tribunal Constitucional ha establecido

lineamientos claros a través de diversas sentencias recaídas en los expedientes Nºs 0023-2003-AI/TC, 0004-2006-PI/TC, 0006-2006-PI/TC, 0012-2006-AI/TC y, actualmente, se encuentra pendiente ante el Tribunal Constitucional una demanda formulada por el Colegio de Abogados de Lima contra diversas disposiciones de la Ley Nº 29182, la cual ha sido admitida con fecha 7 de abril del 2009 (Expediente Nº 0001-2009-PI/TC).

c) Queda claramente establecido que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos generan consecuencias de obligatorio cumplimiento para todos los órganos del Estado peruano, dentro del cual está comprendido el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo.

d) La reciente Ley Nº 29182, "Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial", contiene dispositivos que contravienen la Constitución Política y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aspectos importantes de la configuración orgánica de la justicia militar, como:

   i) el nombramiento de jueces y fiscales de la justicia militar por parte del Poder Ejecutivo;
   ii) la integración de la justicia castrense por militares en actividad;
   iii) la destitución de jueces y fiscales de la justicia militar policial;

iv) la independencia del Ministerio Público castrense y policial.

e) El sistema de selección y designación, así como el de destitución de jueces castrenses y policiales a cargo del Poder Ejecutivo, establecido por la Ley Nº 29182 resulta inconstitucional. A su vez, el nombramiento de vocales y fiscales supremos también designados por el Presidente de la República, contraviene el principio de independencia de la función jurisdiccional y vulnera la autonomía constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura.

f) La Ley Nº 29182, vulnera los principios de independencia y exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional, al regular un sistema de conformación de los órganos de la justicia penal militar policial por oficiales en actividad, desconociendo de manera manifiesta el criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional.

De la misma manera, vulnera el principio de igualdad y no discriminación, con relación a los derechos a la libertad de trabajo y acceso a la función pública, toda vez que se impide a personas con formación jurídica, pero que no tienen la condición de oficiales de una determinada graduación, el ingreso a la justicia penal militar policial, más aún sino existe una consideración objetiva, razonable y proporcionada que justifique esta limitación.

g) Asimismo, la Ley Nº 29182 vulnera la configuración constitucional del Fiscal de la Nación como

máxima autoridad del Ministerio Público y por ende su condición de director funcional de todos los fiscales que ejercen el monopolio de la acción penal. Con ello se vulnera la posición constitucional de la Fiscalía de la Nación como máxima autoridad de este órgano constitucional autónomo, al diseñar un cuerpo de fiscales penales militares policiales que no dependen del Fiscal de la Nación sino de un Fiscal Supremo Penal Militar.

h) Pese a las decisiones del Tribunal Constitucional, el Congreso de la República no ha dado una normativa que establezca una configuración orgánica y funcional de la justicia militar policial compatible con la Constitución Política, sino que ha mantenido una estructura normativa que ya ha sido declarada inconstitucional y cuya modificación ha sido exhortada reiteradamente por el Tribunal Constitucional.

Este comportamiento constituye una manifiesta vulneración de la autoridad de la cosa juzgada de las decisiones del Tribunal Constitucional, un desconocimiento de su competencia como garante del control de la constitucionalidad y, como ya se ha indicado, un quebrantamiento del principio de separación de poderes.

i) Ante la falta de voluntad del legislador en la dación de una normativa acorde con los lineamientos y a los parámetros antes esbozados, el Tribunal Constitucional ha venido inaplicando la normativa incompatible con la Constitución de acuerdo con los argumentos antes señalados.

Ejemplo de ello son las decisiones recaídas en los expedientes Nºs 8353-2006-HC/TC, 01605-2006-PHC/TC y 01524-2007-PHC/TC.

Impreso en Servicios Gráficos JMD
Teléfonos: 470-6420 / 470-0899 / 472-8273
en junio de 2009