INFORME DEFENSORIAL Nº 104

Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley Nº 28665 y el Decreto Legislativo Nº 961

ÍNDICE GENERAL

Presentación
I. Competencia de la Defensoría del Pueblo.
II. Antecedentes del trabajo de la Defensoría del Pueblo en materia de Justicia Militar.
    1. Creación de una Comisión Especial de Estudio sobre la Justicia Militar.
    2. El Informe Defensorial Nº 6. *Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú*.
    3. El Informe Defensorial Nº 64. *La Justicia Militar en una etapa de transición: análisis de los proyectos de reforma*.
    4. El Informe Defensorial Nº 66. Quién Juzga qué? Justicia Militar vs. Justicia Ordinaria
III. El modelo de Justicia Militar cuestionado por la Defensoría del Pueblo.
IV. El gobierno de transición y las propuestas de reforma de la Justicia Militar.
V. Las propuestas de reforma constitucional en el ámbito de la Justicia Militar.
VI. Las demandas de inconstitucionalidad planteadas por la Defensoría del Pueblo.
VII. Las sentencias del Tribunal Constitucional y los criterios jurisprudenciales establecidos.
    1. Inconstitucionalidad de los criterios utilizados tradicionalmente como definitorios del delito de función militar.
    2. El criterio del bien jurídico afectado como definitorio para dotar de contenido al delito de función militar del artículo 173º de la Constitución.
    3. Inconstitucionalidad de la configuración orgánica de la Justicia Militar.
    4. La modulación en el tiempo de los efectos de la STC (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC). La *vacatio sententiae*.
VIII. La respuesta del Congreso de la República. El rol de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas.
IX. Consideraciones previas al análisis de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley Nº 28665 y el Decreto Legislativo Nº 961.
    1. La Justicia Militar no constituye un *fuero personal*.
    2. El Derecho Penal Militar no se rige por valores y principios distintos a los del Derecho Penal Ordinario.
    3. El Derecho Penal Militar también se encuentra vinculado por el principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos o lesividad*.
    4. El Derecho Penal Militar no es sustantivamente distinto al Derecho Penal Ordinario.
    5. ¿Ordena la Constitución la existencia necesaria de una organización judicial castrense y policial, así como la de un Código de Justicia Militar?
    6. La Justicia Militar es una competencia jurisdiccional especializada con reconocimiento constitucional. Su necesaria vinculación al *principio de unidad jurisdiccional*.

X. Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial.
   1. Vulneración de la configuración constitucional del ámbito competencial de la justicia militar policial.
      a) Indebida habilitación para conocer procesos constitucionales y contiendas de competencia.
      b) Indebida atribución de competencia para el juzgamiento de conductas que no califican como delitos de función.
   2. Inconstitucionalidad del sistema transitorio de nombramiento de jueces de la justicia militar policial.
   3. Inconstitucionalidad de la integración de la justicia militar por militares en actividad. Vulneración de la garantía de exclusividad e independencia de la función jurisdiccional y del principio de igualdad y no discriminación.
   4. Inconstitucionalidad del denominado Ministerio Público ante la administración de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial.
   5. Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo Nº 961, que aprueba el Código de Justicia Militar.

XI. Conclusiones

XII. Recomendaciones

PRESENTACIÓN

Hoy en día, no existe duda acerca del papel central de los derechos fundamentales en el Estado constitucional. Expresan no sólo un conjunto de libertades y obligaciones del Estado, sino además, en tanto valores del ordenamiento jurídico y social, se erigen como el parámetro de validez de todo acto de poder, estableciendo el límite entre lo legítimo y lo que no lo es. En esa medida, no existe Constitución de este modelo de Estado que no contenga un amplio catálogo en el que se reconozcan un significativo número de derechos fundamentales. Sin embargo, la historia ha demostrado que la vigencia de tales derechos no se agota en su mero reconocimiento, ni siquiera a nivel internacional donde los estados asumen puntuales compromisos de respeto y garantía de los mismos para con sus ciudadanos.

En efecto, en tanto ámbitos que establecen límites a la intervención del poder así como obligaciones determinadas, la vigencia de los derechos fundamentales requiere de la existencia de un conjunto de condiciones institucionales que aseguren su garantía. Es decir, mecanismos que permitan plasmar en los hechos, aquello que se reconoce o declara a nivel normativo. La función jurisdiccional del Estado, es precisamente uno de estos presupuestos indispensables para garantizar ello, al punto que en la doctrina constitucional se considera que la legitimidad democrática de quienes tienen a su cargo dicha tarea, deriva precisamente de su misión de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

Es por esta razón que la función jurisdiccional, independientemente del órgano al que la Constitución encarga su ejercicio, se encuentra obligada a cumplir con una serie de exigencias en su configuración y organización, sin la cuales difícilmente podría ser garante de los derechos fundamentales y por ende gozar de legitimidad constitucional. Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Defensoría del Pueblo en el marco de su mandato constitucional de defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, identificó que la función jurisdiccional en el ámbito del juzgamiento de los delitos de función militar y policial, adolecía de un conjunto de problemas de legitimidad constitucional. Fundamentalmente con relación a las exigencias derivadas del principio democrático de separación de poderes, el principio de unidad de la función jurisdiccional, así como de las garantías de independencia, imparcialidad e inamovilidad en el ejercicio de dicha función del Estado.

Es así que luego de plantear una serie de lineamientos de reforma al respecto, la Defensoría del Pueblo solicitó al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre esta materia, a través de dos demandas de inconstitucionalidad. Éstas fueron acogidas en lo fundamental, motivando con ello que se plantee la necesidad de una reforma integral de este ámbito de la función jurisdiccional. A través de 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 aprueba el Código de Justicia Militar, el Congreso de la

República reformó la legislación penal militar y policial cuestionada por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, esta reciente legislación ha sido objeto de nuevos cuestionamientos, al punto que contra la primera de las normas mencionadas se han planteado sendas demandas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por parte del Ministerio Público y el Colegio de Abogados de Lima. Así mismo, ha merecido 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.

A contribuir con este debate y en el esfuerzo por adecuar el ejercicio de la función jurisdiccional penal policial a los parámetros de legitimidad constitucional y a la interpretación que de los mismos ha realizado el Tribunal Constitucional, obedece el presente informe defensorial. En él se presentan los antecedentes del trabajo defensorial en esta materia, dando cuenta del modelo de organización jurisdiccional castrense y policial cuestionado en su momento, así como de las propuestas de reforma que al respecto planteó la Defensoría del Pueblo. Luego se exponen los principales cuestionamientos que planteamos ante el Tribunal Constitucional, así como los criterios jurisprudenciales establecidos por el Supremo intérprete de la Constitución. Seguidamente se desarrollan un conjunto de aspectos que a juicio de la Defensoría del Pueblo, resultan esenciales para valorar la compatibilidad constitucional de la nueva legislación penal militar y policial.

Teniendo como parámetro todo ello, se emprende al análisis de la nueva legislación penal militar y policial, fundamentalmente a partir de lo establecido por el Tribunal Constitucional en sus sentencias sobre la materia. Es así que encontramos serios problemas de legitimidad constitucional y cumplimiento de los fallos antes mencionados. Finalmente, sobre la base de tales cuestionamientos, el informe plantea un conjunto de recomendaciones puntuales al Poder Legislativo, al Consejo Supremo de Justicia Militar, al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional. Es el deseo de la Defensoría del Pueblo, que se encuentre finalmente el consenso institucional en 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 también a la consolidación del Estado constitucional entre nosotros.

Beatriz Merino Lucero
Defensora del Pueblo

I. COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

De conformidad con el artículo 162º de la Constitución y con el artículo 1º de la Ley Nº 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, esta institución se encuentra configurada como un órgano constitucional autónomo encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal, así como la adecuada prestación de los servicios públicos.

Sin duda, uno de los ámbitos en los que se ponen en juego con mayor intensidad un conjunto importante de derechos fundamentales y principios democráticos, es el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Ello debido a que se trata de la manifestación más violenta de la coerción estatal que incide sobre los derechos de las personas y que sólo encuentra justificación en la necesidad de realización de la justicia a través de la sanción de las conductas consideradas de mayor lesividad para la convivencia social, así como la reparación de las víctimas de tales acciones.

En esa medida, constituye una materia de especial preocupación institucional, que todas las manifestaciones del poder punitivo del Estado, entre las que se encuentra ciertamente la Justicia Militar, se desarrollen de acuerdo a los parámetros de legitimidad o validez que le imponen las exigencias formales y sustantivas integrantes del *Programa Penal de la Constitución*, entre las que se encuentran el respeto de los derechos fundamentales y los principios del Derecho Penal democrático.

II. ANTECEDENTES DEL TRABAJO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN MATERIA DE JUSTICIA MILITAR

1. Creación de una Comisión Especial de Estudio sobre la Justicia Militar

Desde el inicio de sus funciones, la Defensoría del Pueblo advirtió que la Justicia Militar adolecía de problemas de compatibilidad con las exigencias constitucionales y las obligaciones internacionales del Estado 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 23 de enero de 1997, se dispuso la elaboración de un Informe Especial al respecto. Para tal fin se dispuso la conformación de una Comisión Especial, cuya Secretaría Técnica estuvo a cargo del Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. Dicha comisión se instaló el 31 de enero de 1997, momento a partir del cual realizó diversas reuniones de trabajo con especialistas nacionales y extranjeros sobre la materia.

2. El Informe Defensorial Nº 6. *Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú*

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*, publicado en el mes de marzo de 1998. En dicho documento, desde una aproximación a los principales modelos comparados de justicia castrense, se analizaron las características y limitaciones del diseño de justicia castrense de la Carta de 1993, así como el marco legal vigente, destacando su naturaleza pre constitucional. Se planteaba así mismo en el plano de la tipificación de conductas, la necesaria delimitación entre injustos estrictamente castrenses y aquellos que tienen naturaleza administrativa o disciplinaria. A su vez, desde un concepto constitucional del delito de función, se concluye en el rechazo del criterio del *fuero personal* como definitorio del delito de función militar, toda vez que deja de lado el criterio de los bienes jurídicos afectados. 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. Como resultado de ello se plantean puntuales conclusiones y recomendaciones que incluyen modificaciones legales y constitucionales.

3. El Informe Defensorial Nº 64. *La Justicia Militar en una etapa de transición: análisis de los proyectos de reforma*

El mes de marzo de 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 está destinado al análisis de los proyectos de Ley Orgánica de Justicia Militar y de Código de Justicia Militar formulados por el Poder Ejecutivo sobre la base de las propuestas del Ministerio de Defensa. La Defensoría del Pueblo concluyó que la discusión de la reforma debía hacerse sin perder de vista la necesidad de realizar modificaciones y presiones a nivel constitucional. Así, reafirmar el principio de unidad jurisdiccional que ciertamente no admite la existencia de *jurisdicciones independientes*, la revisión por parte de la Corte Suprema en última instancia o en casación, de procesos tramitados ante los órganos de la justicia castrense. También se planteó la exclusión de los miembros de la Policía Nacional del juzgamiento por la justicia castrense.

A su turno, se cuestionó que los proyectos mantuvieran la naturaleza esencialmente administrativa de la Justicia Militar y que a pesar de avanzar en la definición de un concepto estricto del delito de función militar, ello no se reflejaba en la tipificación de las conductas en la parte especial, toda vez que muchas de ellas afectaban bienes jurídicos comunes como la libertad o el patrimonio. Por ello se recomendó realizar una revisión exhaustiva de la Parte Especial del Código de Justicia Militar, a efectos de que sólo se tipifiquen conductas que afecten bienes jurídicos estrictamente castrenses, descartando así mismo aquellas conductas que sólo configuran injustos de naturaleza disciplinaria. También se cuestionó el mantenimiento de penas anacrónicas como las de penitenciaría, internamiento y reclusión, así como la ausencia de rangos de extensión de penas que permita corregir desproporciones en el castigo.

En esa línea se planteó someter a los delitos de función militar a las mismas reglas de imputación que rigen la parte general del Código Penal. En el aspecto orgánico se 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.

4. El Informe Defensorial Nº 66. Quién Juzga qué? Justicia Militar vs. Justicia Ordinaria

En abril de 2003, la Defensoría del Pueblo publicó el Informe Defensorial Nº 66, denominado *Quién Juzga qué? Justicia Militar vs. Justicia ordinaria*. En este trabajo, a partir de destacar la naturaleza preconstitucional del modelo vigente de justicia castrense, los efectos derogatorios que sobre la misma operaron la Constitución de 1979 y la Carta de 1993, se analizan los criterios para determinar el contenido del *delito de función militar*. Este concepto constituye la regla de atribución de competencia de la Justicia Militar, de acuerdo a los mencionadas normas constitucionales.

De este modo, desde una interpretación constitucional del concepto *delito de función militar*, se rechaza como criterios definidores del mismo, el formal o de mera tipificación de los delitos en el Código de Justicia Militar, el criterio del fuero personal tanto del sujeto activo como del pasivo del injusto castrense, los criterios de ocasionalidad y causalidad, así como el que toma en cuenta el lugar de comisión del delito. Se concluye en que sólo el criterio material que atiende a la naturaleza del bien jurídico afectado por la conducta, resulta constitucionalmente conforme para definir el contenido de un delito de función militar y por ende atribuir la competencia de su juzgamiento a la Justicia Militar.

Se respalda esta posición, presentando la consolidada jurisprudencia que al respecto han pronunciado tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir de ello se exponen las razones por las que el actual modelo de justicia castrense genera un *estado de cosas inconstitucional* y se cuestiona la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República recaída en la contienda de competencia en el caso Chavín de Huántar, así como la actitud de la Justicia Militar de seguir conociendo el caso de Leonor La Rosa Bustamante.

III. EL MODELO DE JUSTICIA MILITAR CUESTIONADO POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

El primer Código de Justicia Militar peruano fue promulgado el 20 de diciembre de 1898, durante el gobierno de Nicolás de Piérola. Fue elaborado como parte del trabajo de reorganización del Ejército que encargó el referido gobernante a una misión militar francesa presidida por el coronel Pablo Clement. Luego se promulgó el Código de Justicia Militar de 1939 (Ley Nº 8991 de 16 de octubre de 1939); el Código de Justicia Militar de 1950 (Decreto Ley Nº 11380 de 29 de mayo de 1950); la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1963 (Decreto Ley Nº 14612 de 25 de julio de 1963); el Código de Justicia Militar de 1963 (Decreto

Ley Nº 14613 de 25 de julio de 1963). A su turno, los decretos leyes Nº 23201 (de 19 de julio de 1980) y Nº 23214 (de 24 de julio de 1980), aprobaron, respectivamente, la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar, normas que fueron objeto de cuestionamiento por la Defensoría del Pueblo ante el Tribunal Constitucional.

A pesar de las modificaciones anotadas, el modelo de justicia castrense inaugurado por el Código de Justicia Militar de 1898 se mantuvo sustancialmente inalterado, a pesar de que sus referentes de derecho comparado, esto es, el Código Penal Militar Francés modificado al 31 de agosto de 1878 y el Código Español de Justicia Militar de 1890, fueron sustituidos por regulaciones que rechazaban los principios que los inspiraron, en una clara lógica de superación. Ello contrasta notablemente con lo que sucedía en el ámbito del derecho penal común, donde a partir del Código de 1924 se abandonó en el Perú el modelo hispano del primer Código Penal de 1863[1].

A su turno, las normas dictadas durante los gobiernos de José Pardo y Barreda (Ley Nº 272 y Ley Nº 273, ambas de 27 de octubre de 1906, así como la Ley Nº 2442 de 3 de septiembre de 1917), destinadas a reducir el paralelismo de la justicia castrense con el Poder Judicial, así como a limitar su ámbito de competencia, fueron derogadas. Igual suerte tuvo el artículo 156º de la Constitución de 1920, que restringió la competencia de la justicia castrense únicamente al personal en el servicio activo[2]. Las reformas orgánicas introducidas a la justicia castrense a través de la Ley Nº 26677 de 7 de octubre de 1996, no variaron este panorama de continuidad con el modelo de 1898.

El modelo de justicia militar cuestionado por la Defensoría del Pueblo se caracterizaba por los siguientes elementos:

a) Dependencia del Poder Ejecutivo
b) Naturaleza administrativa dada su concepción como extensión del poder de mando
c) Ámbito de protección que desborda lo estrictamente castrense
d) Utilización del derecho penal como mera extensión del poder de mando militar y policial
e) Composición de los tribunales por militares en actividad y legos en derecho
f) Procesos marcadamente inquisitivos
g) Ministerio Público no independiente

IV. EL GOBIERNO DE TRANSICIÓN Y LAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR

A pesar de los informes y las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo sobre la necesidad de reformar el modelo de justicia castrense, el Congreso de la República no asumió dicha tarea. Por el contrario, más allá de lo positivo que significó derogar a través de la Ley N° 27178 de 29 de septiembre de 1999, los

[1] HURTADO POZO, José. La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú. Lima. CEDYS. 1979. pp. 37 y ss.
[2] Esta norma constitucional fue modificada a través de la Ley Nº 5862 de 22 de septiembre de 1927.

delitos de omisión a la inscripción, canje y llamamiento al servicio militar, tipificados en el artículo 224° del Código de Justicia Militar, convalidó la instrumentalización política que se hizo de la justicia castrense, fundamentalmente a partir del 5 de abril de 1992. Ello se explica en buena medida en el hecho que la mayoría parlamentaria formaba parte del gobierno de turno.

Será recién con el gobierno de transición instalado a finales del año 2000, que se planteó como tarea en el país, además de la realización de elecciones limpias, la necesidad de emprender un conjunto de reformas institucionales, entre ellas, la que correspondía a la Justicia Militar. La necesidad de esta reforma era compartida por amplios sectores del país, incluso en las propias Fuerzas Armadas y el Consejo Supremo de Justicia Militar. Muestra de ello son los proyectos de leyes destinados a introducir reformas a la justicia castrense, formulados por congresistas de distintas corrientes políticas.

Así, entre otros, el Proyecto de Ley Nº 163/2001-CR del congresista Henry Pease; Proyecto de Ley Nº 176/2001-CR del congresista Ántero Flores – Araoz Ezparza; Proyecto de Ley Nº 209/2001-CR de la congresista Emma Vargas; Proyecto de Ley Nº 1006/2001-CR del congresista Heriberto Benítez Rivas y el Proyecto de Ley Nº 1245/2001-CR del congresista Alcides Chamorro. Sin embargo, estos proyectos de ley, sólo planteaban modificaciones parciales a la Justicia Militar, incidiendo fundamentalmente en la exclusión de su ámbito de competencia el juzgamiento de civiles, militares en retiro, así como la modificación de algunos tipos penales y circunstancias agravantes de la parte general.

En esa medida, es de destacar que el 1 de julio de 2001, el Ministerio de Defensa publicó en una separata especial del diario oficial *El Peruano*, una propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar y otra de Código de Justicia Militar. El 25 de julio de 2001, el Poder Ejecutivo del gobierno de transición, presentó como iniciativa legislativa al Congreso de la República, las propuestas de Ley Orgánica de Justicia Militar y de Código de Justicia Militar publicadas por el Ministerio de Defensa, aunque con algunas modificaciones. Sin embargo, ninguna de estas propuestas de ley de reforma de la justicia castrense fueron acogidas por el legislador durante este periodo.

En efecto, el Congreso sólo se limitó a modificar el inciso 1) del artículo 180º del Código de Justicia Militar, para precisar que cometen también el delito de abuso de autoridad los que imponen pena o sanción prohibida por ley[3]. Ciertamente que esta reforma no sólo resulta polémica en la medida que confirma la vigencia de una norma que habilita la calificación como abuso de autoridad de verdaderos supuestos de afectación de bienes jurídicos personales como la integridad personal[4], sino que además, no aportó nada significativo al proceso de reforma sustancial que requería la justicia castrense.

[3] Reforma introducida a través de la Ley Nº 27760 publicada el 26 junio del 2002.
[4] En el mismo sentido, CARO CORIA, Carlos. La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En: SALMÓN, Elizabeth (Coordinadora). La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Lima. PUCP. 2001. p. 177.

V. LAS PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA MILITAR

En el mes de julio de 2001, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, creada por el gobierno de transición, presentó el resultado de su trabajo, proponiendo que la Justicia Militar se configure como una instancia especializada autónoma, impedida de juzgar a civiles y militares en retiro, estableciendo la revisión de los fallos de su máxima instancia ante la Corte Suprema de Justicia. La propuesta contemplaba que la designación de los jueces militares correspondería realizar al Consejo Nacional de la Magistratura. A su vez, propuso la creación de una instancia especializada autónoma, encargada del juzgamiento de los delitos funcionales cometidos por miembros de la Policía Nacional, distinta a la prevista para los delitos funcionales castrenses.

Por su parte, el 9 de marzo de 2002, se publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución Suprema Nº 038 DE/SG, que aprobó el Informe elaborado por la Comisión para la Reestructuración Integral de las Fuerzas Armadas conformada por el Presidente de la República. En dicho documento la citada comisión recomendó la incorporación de la Justicia Militar al Poder Judicial, la exclusión de los miembros de la Policía Nacional de su ámbito de competencia y la revisión de los fallos de la justicia castrense por la Corte Suprema a través del recurso de casación.

A su turno, siguiendo el camino de la reforma total de la Constitución trazada por la Ley Nº 27600, la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, presidida entonces por el congresista Henry Pease, presentó en julio de 2002 al Pleno del Congreso de la República, el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución. En el artículo 201º de dicho Proyecto se planteó la exclusión de los miembros de la Policía Nacional de la competencia de la justicia castrense. El juzgamiento de los delitos de función militar por parte de jueces especializados del Poder Judicial, que en ningún caso juzgarían a civiles, así como la revisión por la Corte Suprema de las resoluciones dictadas por los jueces especializados en lo militar.

Por su parte, la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS, propuso en el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, una modificación constitucional destinada a incorporar a la Justicia Militar dentro del Poder Judicial, a efectos de que no siga constituyendo una instancia judicial paralela exenta de control, evitando así los excesos cometidos en el este ámbito del ejercicio del poder punitivo. A su vez, en su Informe Final, la Comisión de la Verdad y Reconciliación recomendó la exclusión de la competencia de la justicia castrense a los miembros de la Policía Nacional y la revisión de sus decisiones por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Si bien la discusión sobre el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución constituye la oportunidad para el debate y la valoración de estas propuestas de

reforma, lamentablemente la discusión de dicho proyecto se encuentra paralizado en el Congreso desde abril de 2003.

VI. LAS DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADAS POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Las propuestas legislativas y de reforma constitucional sobre la Justicia Militar, no fueron atendidas por el legislador. Paralelamente a ello, el convencimiento mostrado durante el gobierno de transición en el seno del Consejo Supremo de Justicia Militar, sobre la necesidad de una reforma sustancial de la justicia castrense, tampoco se tradujo en acciones concretas destinadas a impulsar dicho cambio. Por el contrario, junto a las declaraciones públicas en sentido reformista, en los hechos, la Justicia Militar insistió en asumir competencia para el juzgamiento de hechos que no afectaban bienes jurídicos castrenses, formulando contiendas de competencia contra la justicia ordinaria.

Frente a esta situación, la Defensoría del Pueblo se vio obligada a formular dos demandas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitución, contra una serie de normas de la Justicia Militar. La primera de ellas fue planteada el 16 de septiembre de 2003 y se dirigió contra – entre otras normas cuestionadas por razones distintas a la que nos ocupa en este informe- el artículo 10º de la Ley N° 24150 modificada por el Decreto Legislativo N° 749 (Exp. N° 0017-2003-AI/TC). La segunda demanda se formuló el 10 de diciembre de 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 del Ministerio de Defensa (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC).

A través de ambas demandas se impugnó la constitucionalidad:

a) De los criterios tradicionalmente utilizados para dotar de contenido al delito de función militar al que se refiere el artículo 173º de la Constitución y que constituye el factor de atribución de competencia de la justicia castrense. A tales efectos, la Defensoría cuestionó el artículo 10º de la Ley Nº 24150, que definía el delito de función de acuerdo a los criterios del lugar de comisión del delito y fuero personal. Se cuestionó además el artículo II del Título Preliminar de la LOJM, 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 269º del CJM, que penalizaba las prácticas homosexuales, aún si tenían lugar fuera de los ambientes militares.

b) De la configuración orgánica de la Justicia Militar, a partir de considerar exigible en dicho ámbito las garantías del principio 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 diversas normas que:

    - Configuraban a la justicia castrense dependiente del Poder Ejecutivo (era un órgano de las Fuerzas Armadas).

- Sometían a la Justicia Militar al régimen jurídico castrense (estaban sometidos a la obediencia, jerarquía y subordinación).
- Establecían dependencia y jerarquías entre los órganos de justicia y sus integrantes.

c) Del Ministerio Público Militar, ya que no se correspondía con el Ministerio Público constitucionalmente configurado, único órgano al que la Carta le reconoce las funciones requirentes y de persecución del delito. El denominado Ministerio Público Militar era un apéndice de los tribunales castrenses y por ende carecía de independencia y autonomía en contra con lo que establece la Constitución, además de no tener el monopolio de la acción penal.

d) De las normas cuestionadas, además de lo señalado, por afectar 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.

VII. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDOS

El Tribunal Constitucional acogió las dos demandas planteadas por la Defensoría del Pueblo, a través de sus sentencias publicadas en el diario oficial El Peruano el 24 de agosto de 2004 (Exp. Nº 0017-2003-AI/TC) y el 30 de octubre de 2004 (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC). Con cargo a desarrollar con mayor detalle en los acápites correspondientes al análisis de la nueva legislación penal militar, en términos generales los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional fueron los siguientes:

1. Inconstitucionalidad de los criterios utilizados tradicionalmente como definitorios del delito de función militar

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

a) El criterio formal o de mera tipificación. De acuerdo a 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 este criterio, 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 173º de la Constitución. Al invalidarlos, el Tribunal declaró inconstitucional el artículo 10º de la Ley Nº 24150, el Artículo II del Título Preliminar de la LOJM y el artículo 269º del CJM.

2. El criterio del bien jurídico afectado como definitorio para dotar de contenido al delito de función militar del artículo 173º de la Constitución

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 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
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.

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

- El sujeto activo debe ser necesariamente un militar o policía en actividad.
- Este sujeto activo calificado debe infringir un deber especial u obligación propia de su función.
- 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.
- 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.
- 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:

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

3. Inconstitucionalidad de la configuración orgánica de la Justicia Militar

A partir de dotar de 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.

4. La modulación en el tiempo de los efectos de la STC (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC). La *vacatio sententiae*

De acuerdo al artículo 204º de la Constitución, así como al artículo 35º de la Ley Nº 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional[5] vigente al momento de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC), los fallos de este órgano recaídas en los procesos de

[5] Esta norma fue derogada con la entrada en vigencia de la Ley Nº 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho que se verificó el 1 de diciembre de 2004.

inconstitucionalidad, vinculan a todos los poderes públicos, es decir, despliegan sus efectos en el tiempo, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial. Similar regla se encuentra recogida en el tercer párrafo del artículo 81º de la Ley Nº 28237, Código Procesal Constitucional vigente desde el 1 de diciembre de 2004.

Siendo ello así, lo establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia (Exp. Nº 0017-2003-AI/TC) con relación a la inconstitucionalidad de los criterios que definen el delito de función militar, es de obligatorio cumplimiento con efectos generales para todos los poderes públicos, desde el 25 de agosto de 2004. Sin embargo, en el caso de la sentencia (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC), el Tribunal decidió modular sus efectos en el tiempo, dado que se trataba de materia orgánica y procesal.

En efecto, la sentencia determinó la invalidez de normas que versaban sobre las referidas materias, lo cual trajo como consecuencia la posibilidad de revisar los procesos en los que dichas normas se hubiesen aplicado, en virtud del principio de retroactividad benigna en materia penal, reconocido en el artículo 103º de la Constitución y el artículo 40º de la entonces vigente Ley Nº 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sin duda, ello requiere tiempo dado que los nuevos procesos se tienen que verificar con un nuevo marco normativo que responda a los criterios jurisprudenciales establecidos por el supremo intérprete de la Constitución. De lo contrario, es decir, de verificarse los efectos de una sentencia de esta naturaleza al día siguiente de su publicación en el diario oficial, generaría serios problemas de lagunas normativas.

Es así que el Tribunal Constitucional decidió la *vacatio sententiae* de los efectos de su fallo, por el tiempo de 12 meses, periodo que debía computarse desde su publicación en el diario oficial, es decir, el 30 de octubre de 2004. 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 a los criterios jurisprudenciales establecidos. Ahora bien, el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar y su delegado solicitaron al Tribunal la aclaración de diversos puntos de la sentencia (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC). La aclaración de dicha sentencia fue publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de enero de 2003, entendiendo el Tribunal que el plazo de 12 meses de *vacatio sententiae* antes mencionado, debía computarse desde esa nueva fecha.

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 el caso del Artículo II del Título Preliminar de la LOJM según el cual los tribunales castrenses están orientados al mantenimiento de la *moralidad*, *orden* y *disciplina* de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; así como el artículo 269º del CJM que tipificaba como delito las prácticas homosexuales. De igual modo, 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.

VIII. LA RESPUESTA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. EL ROL DE LA COMISIÓN DE DEFENSA NACIONAL, ORDEN INTERNO, INTELIGENCIA, DESARROLLO ALTERNATIVO Y LUCHA CONTRA LAS DROGAS

La reforma de la Justicia Militar exhortada 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. Resulta especialmente llamativa la ausencia en la discusión de esta materia, de comisiones como la de Justicia y Derechos Humanos, así como de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Ello por que, antes que un tema relacionado con la defensa nacional, el orden interno, la inteligencia o la lucha contra las drogas, se trata de una materia directamente vinculada con la administración de justicia en el marco de la exigencias constitucionales que configuran el *programa penal de la Constitución*.

Se trataba de definir un modelo acorde con el reconocimiento constitucional de la justicia castrense, pero también con las exigencias derivadas de los principios de la administración de justicia y en concreto de la justicia penal en el marco del Estado constitucional. Sin duda, resultaban mucho más concernidas con esta materia dada su especialidad, las comisiones de Constitución y Reglamento como la de Justicia y Derechos Humanos, las que sin embargo, no asumieron un rol de liderazgo en la discusión, en el mejor de los casos.

De este modo, 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, el congresista Luis Iberico Núñez, en el mes de marzo de 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. Este grupo de trabajo estuvo conformado inicialmente por un representante del Tribunal Constitucional, un representante de la Corte Suprema de Justicia de la República, un representante del Ministerio Público, un representante del Ministerio de Defensa, un representante del Ministerio del Interior, dos representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar y dos representantes del Centro de Altos Estudios Nacionales.

Como se aprecia, el Grupo estuvo conformado mayoritariamente por miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y no contó inicialmente con la participación de la Defensoría del Pueblo. No se convocó el concurso de sectores académicos, especialistas en la materia y organizaciones civiles que han desarrollado de manera solvente líneas de trabajo al respecto. Por su parte, a través del Oficio Nº 0641-2004-05/CDNOIIDALD-CR, recibido al 21 de marzo de 2005, el Presidente de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas del Congreso de la República, solicitó a la Defensoría del Pueblo la designación de un representante ante este grupo de trabajo. A través del Oficio Nº DP-2005-

112 de 29 de marzo de 2005, la Defensoria del Pueblo acreditó su representante en el referido grupo.

Mediante el Oficio Múltiple Nº 706-2004-05/CDNOIIDALD-CR, recibido el 6 de abril de 2005, el representante de la Defensoría del Pueblo fue convocado a las reuniones de trabajo del mencionado Grupo. Sin embargo, al asistir a la primera reunión a la que fue convocado, el representante de la Defensoría del Pueblo advirtió que en estricto se trataba de la segunda reunión de trabajo de dicho Grupo. A su vez, se había decidido que la discusión sería respecto de un borrador de proyecto de ley ya elaborado, que regulaba aspectos orgánicos de la justicia castrense, es decir, se asumió que debía existir un cuerpo orgánico denominado justicia militar y una ley que lo regularía.

De este modo, no se trataba de un grupo de trabajo que discutiría desde sus bases, una reforma integral y sistemática de la justicia militar, sino que se centraría en la valoración de un borrador de proyecto de ley de organización, que asumía como válidas y sin debate alguno, opciones legislativas que precisamente debían ser objeto de discusión interinstitucional. Así por ejemplo, a juicio de la Defensoría del Pueblo algunas de las opciones asumidas resultaban inconstitucionales en algunos casos y en otros técnicamente inconvenientes. Ante esta situación, el representante de la Defensoría del Pueblo expresó la posición institucional al respecto, decidiendo suspender su participación en dicho grupo de trabajo, toda vez que carecía de sentido discutir una propuesta que desde sus bases tenía cuestionamientos de validez constitucional.

A su turno, el Congreso de la República aprobó la Ley Nº 28636, publicada el 6 de diciembre de 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, que incluya las normas sustantivas, procesales y de ejecución. A tales efectos, la propia ley ordenó la creación por parte del Poder Ejecutivo, de una comisión que se encargaría de elaborar la propuesta del mencionado código.

Mediante la Resolución Suprema N° 701-2005-DE/SG, publicada el 7 de diciembre de 2005, el Poder Ejecutivo designó la referida comisión, la misma que estuvo conformada por un representante del Ministerio de Justicia quien la presidió, dos representantes del Ministerio de Defensa, dos representantes del Ministerio del Interior y dos representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar. La Secretaría Técnica de la Comisión se encargó a uno de los representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar. Como se aprecia, nuevamente se optó por una composición mayoritariamente de representantes castrenses y policiales, en desmedro de representantes civiles de instituciones como el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo.

Conviene destacar que el Presidente de la Comisión de Defensa, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas del Congreso de la República, así 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, que propuso crear la referida Comisión

Especial encargada de elaborar un nuevo Código de Justicia Militar. A través de los oficios Nº DP-2004-492 y Nº DP-2004-493, ambos del 20 de octubre de 2004, la Defensoría del Pueblo absolvió dichas solicitudes de opinión. Remarcó 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 CERIAJUS.

En esa línea se recomendó 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 al materia a la Constitución, los tratados sobre derechos humanos y a la propuesta de reforma constitucional presentada por la CERIAJUS"*. Siguiendo ello, se planteó la revisión del catálogo de delitos militares, a efectos de establecer qué conductas deberían formar parte del régimen disciplinario militar, dado que no califican como delitos de función. A partir de ahí se propuso valorar la necesidad de seguir contando con Código de Justicia Militar o simplemente con una ley especial que se remitiera a la Parte General del Código Penal. A su vez, la Defensoría discrepó por 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, el Ministerio Público y las universidades. Como puede apreciarse del párrafo anterior, ninguna de estas recomendaciones fueron acogidas.

Por su parte el 7 de enero de 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 recoge 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 de 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.

IX. CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÒN PENAL MILITAR POLICIAL APROBADA POR LA LEY Nº 28665 Y EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 961

Antes de ingresar a analizar la compatibilidad de la Ley Nº 28665, con lo establecido por la constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia, resulta imprescindible a criterio de la Defensoría del Pueblo, analizar algunos aspectos relacionados con la necesidad de determinar en qué consiste o en dónde radicaría la especialidad de la Justicia Militar. En otros términos, cuál es la razón por la cual la Constitución hace referencia o se ocupa en mencionar a la Justicia Militar, como competente para conocer los denominados delitos de función y ciertamente qué consecuencias cabe derivar de esta opción constituyente.

Ello es de suma importancia, toda vez que es precisamente a partir de la invocación de la *especialidad constitucional* de la *Justicia Militar*, que se ha

pretendido justificar históricamente el modelo de Justicia Militar que rigió en el Perú desde 1898, así como la recientemente aprobada Ley Nº 28665 que es objeto del presente informe. En esa medida, conviene tener claro a qué se refiere la Constitución cuando alude a la Justicia Militar, como la competente para conocer de los denominados delitos de función y sobre todo cuáles son las consecuencias constitucionalmente válidas que se derivan de ello, especialmente aquellos límites para el legislador. Por lo demás, muchas de las consideraciones que se expondrán a continuación, se sustentan en los criterios o pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional.

1. La Justicia Militar no constituye un *fuero personal*

Una primera razón que se suele exponer como sustento de la especialidad de la justicia castrense, es que ello se debe a la condición de militar o policía de los sujetos a los que se aplican sus normas. De acuerdo a este criterio, la Constitución habría garantizado un estatuto de justicia especial y propio a los militares y policías, por las especiales funciones constitucionales que cumplen. Este hecho justificaría incluso que dicho estatuto pueda ser opuesto o contrario al sistema de justicia que rige para las personas que no cuentan con tales condiciones. En otros términos, la especialidad de la justicia castrense radicaría en su naturaleza de *fuero personal o de privilegio*.

Sin embargo, resulta evidente que una justificación de la justicia castrense a partir del criterio del *fuero personal* resulta manifiestamente contraria a los principios que sustentan la organización y funcionamiento del Estado constitucional. En efecto, "los fueros" son instituciones que corresponden a la forma de organización del poder previa al Estado moderno y por ende anterior al constitucionalismo. Se sustentan en la organización estamental de la sociedad, donde los derechos y obligaciones de las personas se definen de acuerdo a su pertenencia a determinada corporación, estamento o grupo social y no en su condición de sujetos de derechos libres e iguales.

Por ello, tal como ya lo estableciera la Defensoría del Pueblo en informes anteriores[6], a pesar de que los artículos 141º y 173º de la Constitución utilicen la expresión "fuero" para referirse a la Justicia Militar, desde una interpretación sistemática de la propia Carta, ello debe entenderse como un rezago histórico meramente terminológico y no como la consagración de un *privilegio o fuero personal*. Asumir una interpretación distinta, resulta contrario a los principios de igualdad reconocido en el inciso 2) del artículo 2º y al de unidad de la función jurisdiccional, reconocido en el inciso 1) del artículo 139º de la propia Carta.

No existe ninguna circunstancia objetiva y razonable que justifique que por la condición de militar o policía de una persona, se le tenga que juzgar a través de un estatuto o *fuero especial*, incluso contrario a los principios que ordenan el régimen general aplicable a todas las demás personas. El desempeño de determinadas funciones públicas, en este caso la función militar y policial, no justifica un tratamiento privilegiado o desigual en la determinación de los derechos y obligaciones, tal como lo garantiza el artículo 14º del Pacto

[6] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Hacia una reforma de la justicia militar en el Perú. Ob. Cit. pp. 33-34. Asimismo, Informe Defensorial Nº 66. Quién juzga qué? Justicia Militar Vs. Justicia Ordinaria. pp. 42-44.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconocen el derecho a la igualdad ante los tribunales.

2. El Derecho Penal Militar no se rige por valores y principios distintos a los del Derecho Penal Ordinario

Otro argumento utilizado para explicar la *especialidad* constitucionalmente reconocida de la justicia castrense, es la diferente naturaleza que tendría el Derecho Penal Militar frente al Derecho Penal ordinario o común. Así, se sostiene que el Derecho Penal militar cuenta con un referente valorativo propio, con fines distintos a los que se orienta el Derecho Penal ordinario y por ende configura sus normas orgánicas, sustantivas y procesales de manera sustancialmente distinta. De ahí que la Constitución, se sostiene, se ocupe en mencionarla expresamente.

Ello sin embargo no cuenta con asidero. En primer lugar, es de recordar que la Constitución en tanto norma jurídica suprema, vincula a todos los poderes públicos y ciertamente al ámbito jurídico castrense, tal como lo establece el artículo 45º de la Constitución. En esa medida, los valores esenciales del ordenamiento establecidos en la Constitución también resultan vinculantes para la Justicia Militar, por lo que no resulta admisible sostener que tiene parámetros valorativos distintos que la habilitan incluso a desconocer la vida o la dignidad humanas como valores esenciales y bienes que deben ser objeto de la máxima protección en todo el ordenamiento jurídico[7].

En segundo lugar, tratándose del ejercicio del *ius puniendi*, una de cuyas expresiones es ciertamente el Derecho Penal Militar, su legitimidad depende de su adecuación o respeto a los principios, garantías y derechos establecidos en el denominado *Programa penal de la Constitución*, esto es en, *"…el conjunto de postulados políticocriminales del que podamos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar"*[8].

Así, se trata del respeto de principios generales al ordenamiento como el de dignidad de la persona, las exigencias de igualdad y no discriminación, proporcionalidad, justicia, separación de poderes. Principios generales o comunes a todo ejercicio de función jurisdiccional como los de unidad, exclusividad e independencia de dicha función, así como los de instancia plural,

---

[7] En la Justicia Militar, a partir de la confusión entre las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas, la PNP y los fines de la justicia castrense, se sostiene que ésta se rige por valores distintos a los valores de la justicia penal común. Una muestra de ello es lo afirmado por el anterior Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, Carlos MESA ANGOSTO, en su exposición en el Foro Público *¿Fuero privativo o tribunal especial? La Justicia Militar en la democracia peruana actual*, organizado por el IDEHPUCP el 28 de septiembre de 2004. En la Ficha Nº 19 de dicha exposición sostuvo que *"Los fundamentos y valores del derecho penal militar, son diferentes a los del derecho penal común, por ejemplo en el fuero común el máximo valor es la vida, en cambio al soldado se le exige dar la vida en defensa de la patria, y si incurre en un acto de cobardía huyendo del enemigo en el campo de batalla, su jefe se encuentra autorizado para impedir esta acción, incluso, quitándole la vida*".

[8] ARROYO ZAPATERO, Luis. Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución. En: Revista Jurídica de Castilla – La Mancha, núm. 1 (1987) pp. 101 y ss.

juez legal y predeterminado o debido proceso. También principios específicos como los de legalidad penal, culpabilidad, prohibición de la analogía, no auto incriminación, la prohibición de condena en ausencia, así como de la imponer penas degradantes, entre otros.

Todo ello determina que cualquier expresión del *ius puniendi*, sea "civil" o "militar", se encuentre sometida al *Programa penal de la Constitución*, compartiendo los mismos valores y principios esenciales, toda vez que ello constituye su parámetro de validez en el Estado constitucional.

3. El Derecho Penal Militar también se encuentra vinculado por el principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos o lesividad*

También se sostiene que la *especialidad* constitucional de la Justicia Militar radica en el hecho que se encuentra orientada a la consecución de fines distintos a los que persigue el Derecho Penal Ordinario. En efecto, se argumenta que el Derecho Penal Militar se dirige a mantener el orden, la disciplina y moral castrense y policial, por lo que antes que una finalidad resocializadora o rehabilitadora como el Derecho Penal Ordinario, la justicia castrense persigue una finalidad ejemplarizadora[9].

Frente a este tipo de argumento, es de recordar, como ya se adelantó, que de acuerdo al artículo 45° de la Constitución, el ejercicio del poder del Estado se encuentra sometido a los límites formales y sustanciales impuestos por la Constitución y las leyes, y debe estar orientado principalmente a garantizar la vigencia de los derechos humanos, la protección de la población contra las amenazas a su seguridad, así como la promoción del bienestar general sustentado en el valor justicia, tal como lo establece el artículo 44° de la propia Carta.

Ciertamente que el derecho penal, como también ya se dijo, en tanto expresión del poder punitivo del Estado se encuentra limitado por la Constitución tanto en su fundamento como en sus finalidades y en esa medida sometido a las exigencias antes señaladas. De este modo, el sistema penal, en tanto incide negativamente en un conjunto de derechos fundamentales, sólo resultará constitucionalmente legítimo en la medida que sea concebido como un mecanismo de control social, orientado a garantizar la vigencia de los presupuestos esenciales de convivencia pacífica y armónica, que permiten el pleno desarrollo de los derechos humanos y el desenvolvimiento de las capacidades de las personas[10].

Dos consecuencias relevantes se extraen de ello. En primer lugar y como expresión del principio de proporcionalidad reconocido en el penúltimo párrafo del artículo 200° de la Constitución, el objeto de protección del derecho penal (sustantivo, procesal y de ejecución) debe tener necesariamente relevancia constitucional, ya que la pena constituye, en estricto, el mecanismo más intenso de afectación de derechos fundamentales en manos del Estado. En

[9] MESA ANGOSTO, Carlos. Ibid.
[10] Ver por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho Penal. Introducción. Madrid. Servicios de Publicaciones de la Universidad Complutense. 2000. pp. 1-4.

segundo lugar, las conductas amenazadas y eventualmente sancionadas con la pena y que deben ser juzgadas por los tribunales, deben ser socialmente dañosas, es decir, deben importar la realización de un daño o menoscabo a los mencionados intereses o presupuestos esenciales de convivencia social. En tal sentido, todo lo que no cuente con relevancia o protección constitucional y no resulte socialmente dañoso, no puede merecer tutela penal[11].

Del mismo modo, también como una exigencia derivada del principio de proporcionalidad, el sistema penal debe regirse por los principios de *subsidiariedad* o *ultima ratio* y *fragmentariedad*. Ello quiere decir que no siempre ante la lesión de un bien jurídico definido en los términos señalados, el Estado se encuentra habilitado para recurrir a la pena y a activar sus instituciones de persecución, sino únicamente cuando ello sea necesario y eficaz. Es decir, siempre que no exista otro mecanismo menos aflictivo que permita lograr la protección efectiva del bien jurídico. A su turno, no todos los ataques u ofensas al bien jurídico deben ser sancionados con la pena, sino únicamente las ofensas más graves.

Los objetos de protección penal definidos a partir de los criterios señalados son denominados por la doctrina como *bienes jurídicos penales*[12] y el principio que limita al Estado, autorizando recurrir al sistema penal únicamente para garantizarlos, se expresa a través del *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* o *principio de ofensividad*[13]. En el ámbito del derecho penal ordinario, este principio se encuentra reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, según el cual, *"La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley"*.

Al respecto, resulta ilustrativo lo señalado por el Tribunal Constitucional español, según el cual, se requiere que *"...la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de derecho"*[14]. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano también ha ratificado que el objeto de la tutela del sistema penal debe recaer en un *bien jurídico penal*, cuando señaló que *"El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No puede ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionado no sólo al hecho delictivo, sino también al bien jurídico protegido"*[15].

En el caso concreto de la Justicia Militar, el Tribunal Constitucional también se pronunció expresamente sobre su necesaria vinculación al *principio de*

---

[11] Al respecto ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales. En: ROXIN, Claus. Problemas actuales de dogmática penal. Lima. Ara. 2004. pp. 17-46.

[12] Ver por todos SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal. Lima. Horizonte. 1999. pp. 100-104.

[13] GARCÍA RIVAS, Nicolás. El poder punitivo en el Estado democrático. Cuenca. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha. 1996. pp. 46-53. Asimismo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et. al. Lecciones de derecho penal. Parte General. Barcelona. Praxis. 1996. pp. 48-49.

[14] STC 105/1988, FJ N° 2.

[15] STC, asunto *Decretos legislativos sobre seguridad nacional*, (Exp. N° 005-2001-AI/TC), publicada en el diario oficial el 17 de noviembre de 2001. Fj. 2.

lesividad y por ende su orientación a la protección de bienes jurídicos. En efecto, el Tribunal Constitucional invalidó por inconstitucional la interpretación según la cual, la justicia castrense está orientada al mantenimiento de la disciplina, el orden y la moral castrense y policial, así como su pretendida finalidad ejemplarizadora. Así, el Tribunal señaló enfáticamente que no existe relación de equivalencia entre la "administración militar" (que es la encargada de la moral, el orden y la disciplina) y la Justicia Militar, toda vez que no existe identidad de fines entre las Fuerzas Armadas – y ciertamente la Policía Nacional - y la Justicia Militar. Siguiendo este razonamiento concluyó que:

"Un sentido constitucionalmente adecuado para entender los fines que debe cumplir la jurisdicción militar no puede desvincularse del juzgamiento y eventual sanción de los denominados delitos de función; es decir, del juzgamiento de aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses"[16].

Por ende, queda claro después de ello, que en el ordenamiento constitucional peruano, el Derecho Penal Militar también debe estar orientado o tener como finalidad la protección de bienes jurídicos, en este caso, de naturaleza castrense configurados a partir de los delitos de función.

4. El Derecho Penal Militar no es sustantivamente distinto al Derecho Penal Ordinario

Otro argumento que se suele esgrimir para explicar la *especialidad* constitucional de la Justicia Militar, señala que el Derecho Penal Militar es distinto o autónomo respecto del Derecho Penal Ordinario, toda vez que contiene reglas sustancialmente distintas en materia de imputación y de configuración de los tipos penales. Esta diferencia explicaría que la Constitución mencione expresamente a la justicia castrense y haga referencia al Código de Justicia Militar.

Lo señalado en los dos acápites anteriores bastaría para descartar este argumento, sin embargo, conviene agregar frente a ello que tanto a nivel conceptual como normativo, no es posible sostener diferencia sustantiva alguna entre el Derecho Penal Militar y el Derecho Penal Ordinario, tanto a nivel de las reglas generales de imputación (Parte General) como de la estructura o configuración típica de los correspondientes injustos penales (Parte Especial).

En efecto, las categorías y reglas generales de imputación del Derecho Penal común u ordinario resultan plenamente aplicables y exigibles en el Derecho Penal castrense, toda vez que se trata de reglas comunes destinadas a racionalizar cualquier expresión del poder punitivo del Estado. Estas reglas son las que definen de manera general la noción de delito, que sólo puede concebirse de manera unitaria, ya que el delito militar es infracción penal en el mismo sentido que cualquier delito común, por lo que resulta absurdo pretender

[16] STC, asunto *Ley Orgánica de Justicia Militar*, (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC), publicada en el diario oficial el 30 de octubre de 2004. Fj. 81.

estatuir reglas de imputación diferenciadas para fundamentar la privación o restricción de los derechos fundamentales a título de pena[17].

En efecto, si bien es del caso reconocer la necesidad de realizar alguna excepción sustentada en razones muy particulares, por ejemplo estatuyendo reglas específicas sobre la participación de sujetos no militares o policías (*extraneus*)[18] en los delitos castrenses, ello no justifica la existencia de una Parte General integral y menos aún en el ámbito penal castrense. En esa misma línea, resulta claro que el mero hecho que los autores de los delitos de función sean miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, tampoco justifica la adopción de reglas o criterios de imputación distintos, toda vez que se presentan como elementos meramente adjetivos si son considerados al margen de cualquier criterio material. De acogerse un criterio distinto, se incurría claramente en un esquema de *fuero personal* o *privilegiado*, que no se corresponde con el Estado constitucional que nos rige.

Por ende, al igual que en el Derecho Penal ordinario, rigen en el Derecho Penal castrense: la exigencia de una conducta humana que comprende tanto acciones u omisiones como presupuesto para la valoración jurídico penal; los supuestos de ausencia de conducta humana como límite a la intervención penal; la exigencia de dolo y de la antijuricidad como configuradora del injusto; así como la relevancia del error en general. Del mismo modo, las causas de justificación y sus presupuestos, la exigencia de culpabilidad en sus distintas expresiones, la desvaloración de conductas imprudentes o culposas que lesionan bienes jurídicos penales, las reglas de la autoría y participación, los supuestos de concurso de delitos, entre otras.

Similar conclusión resulta aplicable al ámbito de la configuración típica o la Parte Especial. En dicho ámbito tampoco resulta conceptualmente admisible sostener la autonomía del Derecho Penal castrense respecto del Derecho Penal ordinario, toda vez que en virtud del principio de legalidad penal, ciertamente exigible en ambos casos, comparten las mismas exigencias generales de incriminación o configuración típica. Así, como todo derecho público general, el Derecho penal se adapta al ámbito castrense, como cuando se castigan conductas cometidas por otras categorías de funcionarios públicos en sus correspondientes entornos funcionales en las distintas administraciones públicas[19]. Por ello, antes que de un Derecho Penal castrense, lo propio es hablar de un Derecho Penal que protege bienes jurídicos castrenses a través de figuras penales, sin recurrir a reglas o principios jurídicos sustancialmente diversos a los previstos en el ordenamiento general[20].

---

[17] HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3ra. Ed. Lima. Grijley. 2005. p. 358.

[18] Aquellos tipos penales que exigen determinada calificación (militar o policía) en los sujetos activos, se denominan delitos especiales. Tales sujetos calificados son denominaos *intraneus* en la medida que forman parte del círculo de autores definido por el tipo penal. Por contraposición, todos aquellos sujetos intervinientes en el hecho, pero que no poseen dicha calificación y por ende no integran el círculo de autores, se denominan *extraneus*.

[19] DOIG DÍAZ, Yolanda. Jurisdicción militar y Estado de derecho. Garantías constitucionales y organización militar. Alicante. Universidad de Alicante. 2003. pp. 105.

[20] Loc. Cit.

Por esta razón, en la doctrina se sostiene que la existencia de los delitos militares al margen del Código Penal – y ciertamente también las reglas generales de imputación -obedece a razones estrictamente históricas, de oportunidad o accidentales, antes que a alguna consideración técnica o conceptual[21]. Por lo demás, basta con realizar una elemental comparación entre la Parte General del Código de Justicia Militar aprobado por el Decreto Legislativo Nº 961 y la Parte General del Código Penal ordinario, así como con el Anteproyecto de Ley del Código Penal: Parte General, aprobado por la Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada a través de la Ley Nº 27837[22].

Más allá de recoger de manera algo deficiente algunas instituciones de la Parte General y establecer algunas particularidades, algunas justificadas otras no tanto, la ley Nº 28665 contraviene en esencia las mismas reglas de imputación generales. Así, las particularidades justificadas bien podrían estar reguladas en la Parte General del Código Penal ordinario. Así, con las salvedades hechas, se trata de las reglas de aplicación de la ley penal, los supuestos de error, la regulación de la tentativa, las reglas del concurso, las de la autoría y participación, las causas de justificación y de inculpabilidad, entre otras. Similar constatación es posible realizar en cuanto a la Parte Especial, ya que más allá de la calificación de militar y policía en el ámbito del sujeto activo de los concretos injustos, no existe diferencia sustancial en la configuración típica respecto de los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal ordinario.

Por estas consideraciones, no existe pues argumento jurídico alguno que justifique la existencia de un Código de Justicia Militar que regule de manera paralela al Código Penal común, una Parte General en la que se consignen criterios distintos de imputación de responsabilidad penal. En consecuencia, los delitos de función deberían estar regulados en un capítulo de la Parte Especial del Código Penal.

5. ¿Ordena la Constitución la existencia necesaria de una organización judicial castrense y policial, así como la de un Código de Justicia Militar?

El otro argumento con el que se intenta explicar en qué consiste la especialidad de la Justicia Militar, sostiene que la Constitución ordena la existencia necesaria de una organización judicial castrense, así como la tipificación de los delitos de función, también necesariamente a través de un cuerpo normativo denominado Código de Justicia Militar. Se argumenta que este mandato al legislador de configurar una organización y un cuerpo normativo distinto, implica que ello se verifique a partir de reglas especiales respecto de la organización judicial ordinaria y el Código Penal común.

Ambas consideraciones sin embargo carecen de respaldo constitucional, toda vez que no existe ningún artículo en la Carta fundamental, de donde pueda derivarse que el constituyente ordena la existencia necesaria de una

[21] Rodríguez Devesa, citado por Loc. Cit.
[22] Anteproyecto de Ley del Código Penal. Parte General. Lima. Fondo Editorial del Congreso de la República. 2004. 83 p.

organización denominada Justicia Militar, que funcione al margen de la organización judicial común; así como tampoco la obligatoriedad de un cuerpo normativo denominado Código de Justicia Militar. Esta conclusión se desprende del hecho que las normas constitucionales no sólo difieren en su estructura, sino además en sus niveles de preceptividad, obligatoriedad o mandato.

En efecto, las constituciones del Estado constitucional actúan o se configuran en algunos casos como una *norma fundamental*, imponiendo determinados contenidos necesarios al legislador, así como invalidando o prohibiendo otros. Es el caso de las normas que prohíben la tortura, establecen mandatos de incriminación, garantizan determinados ámbitos o extensión de derechos fundamentales, establecen procedimientos o determinan la conformación de determinados órganos del Estado, entre otras. Pero también se presentan, y esto en mayor medida, como una *norma marco*, habilitando o permitiendo al legislador una amplia libertad de configuración[23]. Por ende resulta crucial determinar si las normas de la Constitución que hacen referencia a la Justicia Militar, pertenecen a la categoría de *norma fundamental* y en qué sentido; o más bien a la categoría de *norma marco*.

Así, con relación al supuesto mandato de organización de la Justicia Militar al margen y de manera distinta respecto de la organización judicial ordinaria, conviene tener presente que no existe norma alguna en la Constitución, de la cual se derive una interpretación concluyente o categórica en ese sentido. El segundo párrafo del inciso 1) del artículo 139º de la Carta, hace alusión a la *jurisdicción militar independiente* como excepción al principio de *unidad de la función jurisdiccional*. Con cargo a analizar con mayor detalle las deficiencias técnicas y de redacción de esta norma constitucional, así como sus verdaderos alcances, sólo cabe señalar en este punto que, en estricto y por definición, 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 otra y menos aún plantear una distinción sustancial entre ambas.

A lo que alude en esencia el principio de *unidad de la función jurisdiccional* tal como lo veremos más adelante, es a que toda manifestación de la función jurisdiccional, debe compartir un mismo estatuto o elementos característicos, entre ellos, las notas de: *exclusividad*, *independencia*, *inamovilidad*. De manera tal que lo que se reparte, divide o independiza no es la jurisdicción sino la competencia para ejercerla; es decir, el ámbito en el que válidamente los jueces y tribunales ejercerán dicha función. Y ello se verifica conforme a una serie de criterios de diferenciación o distribución, como la materia, el territorio, el turno o la cuantía de las pretensiones.

De manera tal que, no encontramos razón para sostener que de una norma constitucional que presenta problemas de redacción y contiene conceptos erráticos, se pueda deducir de manera categórica que la Constitución ordena

[23] Sobre las categorías de norma fundamental y norma marco referidas a la Constitución, ver ALEXY Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002. pp. 17-23.

necesariamente la existencia de una organización judicial castrense al margen del Poder Judicial y por ende organizada con reglas especiales o distintas.

La otra norma que alude a la justicia castrense es el artículo 141º de la Carta, según el cual, la Corte Suprema conoce en casación "…*las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173º*. El tercer párrafo de esta última norma establece a su vez que la casación a la que se refiere el citado artículo 141º sólo resulta aplicable cuado se imponga la pena de muerte. Como resulta evidente ambas normas tienen naturaleza competencial en materia del recurso de casación y de ningún modo puede deducirse de ellas el aseguramiento o mandato al legislador de establecer una organización judicial castrense independiente. En todo caso, hace alusión a una organización que existente para indicar que la Corte Suprema es el órgano competente para conocer del recurso de casación contra sus resoluciones. Pero esta simple nominación o referencia para regular un recurso, no alcanza para derivar un mandato inequívoco de configuración orgánica.

Las demás alusiones que hace la Constitución a la Justicia Militar se encuentran en el primer, segundo y cuarto párrafos del mencionado artículo 173º de la Carta. El primero también es de naturaleza competencial ya que señala que los militares y policías que cometan delito de función se someterán al *fuero respectivo* y al Código de Justicia Militar. Ya vimos como resulta contrario al principio de igualdad la interpretación literal de la expresión *fuero*, es decir, en el sentido que la Constitución estaría autorizando el establecimiento de organizaciones judiciales distintas y hasta contrarias a la ordinaria, en función de la calidad de las personas.

En cuanto al mencionado segundo párrafo del artículo 173º, se trata de una norma que versa sobre la aplicación personal de la ley penal militar. Establece que las disposiciones del Código de Justicia Militar no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y terrorismo que la ley determina. Similar naturaleza tiene el referido cuarto párrafo del propio artículo, toda vez que establece que quienes infrinjan el servicio militar obligatorio se encuentran sometidos al *Código de Justicia Militar*[24].

Como se aprecia, todas las normas constitucionales que hacen referencia a la Justicia Militar, o son normas de naturaleza competencial o contienen reglas de aplicación personal de la ley penal militar. En esa medida, no existe ninguna norma constitucional que asegure una *reserva de conformación orgánica independiente* para la justicia castrense, y por ende, de la cual se pueda deducir que existe un mandato necesario o inequívoco al legislador para configurar un órgano judicial castrense al margen y distinto de la organización judicial ordinaria.

Abona en esta dirección un elemental ejercicio de *interpretación sistemática por comparación* de la Carta. En efecto, cuando la Constitución ha querido establecer o asegurar una determinada organización en materia de justicia, se

[24] Esta norma constitucional sin embargo ha devenido en inaplicable desde la entrada en vigencia de la Ley Nº 27178, publicada el 29 de septiembre de 1999. Dicha ley derogó el modelo de servicio militar obligatorio sustituyéndolo por uno de naturaleza voluntaria, por lo que su omisión ya no es delictivo.

ha ocupado de establecer reglas expresas en ese sentido, garantizando su autonomía e independencia, su conformación, la forma de elección o nombramiento de sus miembros o titulares, los requisitos para ello, sus competencias básicas, entre otros aspectos centrales de organización y funcionamiento. Es el caso del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional, mientras que tratándose de la justicia comunal remite estos aspectos al derecho consuetudinario como resulta lógico. Sin embargo, nada parecido se encuentra en la Constitución con relación a la justicia castrense, dado que las normas constitucionales que se refieren a ella se configuran como *normas marco* antes que como *normas fundamentales,* respecto del establecimiento por el legislador de una organización judicial castrense independiente o al margen del Poder Judicial. De este modo, será tarea del legislador en función de una serie de criterios técnicos o de conveniencia.

Similar valoración resulta aplicable a la tesis según la cual, la Constitución ordenaría la existencia necesaria de un cuerpo normativo denominado Código de Justicia Militar, que debería contener reglas especiales respecto del Código Penal ordinario. Como ya vimos, de ninguna de las tres menciones que hace la Constitución al *Código de Justicia Militar*, es posible deducir la existencia de una obligación o mandato incontrovertible al legislador para que configure necesariamente un cuerpo normativo denominado Código de Justicia Militar. Se trata de normas competenciales o de aplicación personal de la ley penal. Sostener lo contrario equivale a plantear que existe respecto de la legislación penal militar, una suerte de *reserva constitucional de codificación independiente* o autónoma, lo cual carece de respaldo normativo, tal como ha quedado demostrado.

Sin duda, la codificación o no de un ámbito del derecho, no constituye una materia constitucional, sino que corresponde típicamente al legislador. Se trata de una decisión de técnica legislativa que obedece a una serie de criterios como la conveniencia, razones pedagógicas, históricas o de tradición, economía normativa, seguridad jurídica, entre otros. El hecho que una o varias normas constitucionales mencionen un cuerpo normativo codificado que lo precede en el tiempo – como es el caso del Código de Justicia Militar - para establecer reglas de competencia y de aplicación personal de la ley penal, no eleva a rango constitucional dicha codificación y menos aún es posible deducir una *reserva constitucional de codificación*. Por ende tampoco en el caso de la referencia al Código de Justicia Militar, las disposiciones constitucionales actúan como *norma fundamental* sino como *norma marco*.

De este modo, el legislador se encuentra en libertad para configurar o no una organización jurisdiccional castrense distinta de la ordinaria, así como para codificar o no la materia penal militar en un solo cuerpo normativo. Nada hay de necesario en ello.

6. La Justicia Militar es una competencia jurisdiccional especializada con reconocimiento constitucional. Su necesaria vinculación al *principio de unidad jurisdiccional*

Ninguna organización jurisdiccional o diseño procesal se justifican en si mismos, sino que responden a la necesidad de juzgamiento de las pretensiones o materias que son sometidas a su conocimiento o procesamiento. Así, serán cuestiones como la especialidad o complejidad de una materia, determinadas necesidades probatorias o de investigación, así como la satisfacción de una serie de principios destinados a garantizar que el juzgador alcance niveles de convicción necesarios para adoptar decisiones justas, las que en su conjunto condicionan que se adopte una determinada organización o se configuren determinados esquemas procesales.

En el ámbito penal, lo cual incluye ciertamente a la justicia castrense, la manera cómo se organiza la función jurisdiccional, así como los procesos penales, responden a las necesidades de juzgamiento que plantean las conductas tipificadas como delitos. Así, en el caso de la Justicia Militar, lo que dota de especialidad a la organización de la función jurisdiccional castrense, así como a los procesos penales militares, es la especialidad del *delito de función*. En esa medida, conviene determinar, en qué consiste la *especialidad* del *delito de función*, toda vez que ella determinará la naturaleza de la especialidad de la organización jurisdiccional militar o lo que es lo mismo, de la denominada Justicia Militar.

En esa medida, es del caso recordar en este punto que el Tribunal Constitucional ha definido y caracterizado al *delito de función* a partir del *criterio material* o del bien jurídico protegido. De este modo, es el bien jurídico protegido el que dota de especialidad y por ende caracteriza al *delito de función*, por lo que la especialidad de la organización jurisdiccional y procesal orientada a su juzgamiento, también debe responder a la naturaleza del bien jurídico castrense o policial. Como ya anotamos líneas arriba, a partir del referido criterio, el Tribunal Constitucional ha señalado que el delito de función debe estar orientado únicamente a la protección de bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, los mismos que deben estar relacionados con intereses vitales para dichas instituciones, cuya vulneración afecte o ponga en riesgo la existencia, operatividad o cumplimiento de los fines constitucionalmente impuestos a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Siguiendo el concepto constitucional del *delito de función* caracterizado a partir del criterio material o del bien jurídico protegido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el asunto *Indalecio Pomatanta* (Competencia Nº 18-2004)[25], estableció con carácter de *precedente vinculante* en virtud del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo Nº 959, las características del *delito de función* desde el Derecho Penal. Así, señaló que el delito de función consiste en la *infracción de un deber* [26]en la medida que sólo puede ser cometido por un sujeto activo (militar o policía) que ostenta una posición de deber determinada, cuya fuente

[25] Resolución publicada el 23 de noviembre de 2004 en el diario oficial El Peruano.
[26] La doctrina distingue entre *delitos de dominio* y *delitos de infracción de deber*. En los primeros el criterio para imputar responsabilidad es el dominio del hecho peligroso o lesivo, mientras que en los segundos, el criterio de imputación es el incumplimiento por el autor de la obligación de tutela de un bien (garante) que se encuentra institucionalmente garantizada. Al respecto, JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2da. Ed. Madrid. Marcial Pons. pp. 791-792.

es el Derecho Administrativo castrense o policial, y que es infringido afectando con ello las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial.

De este modo, la especialidad del delito de función viene determinada por la *infracción de un deber* castrense o policial establecido por normas de Derecho Administrativo, que pone en riesgo o vulnera la existencia, organización y/o funcionamiento de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, dificultando o impidiendo el cumplimiento de los fines impuestos por la Constitución a estas instituciones. Siendo ello así entonces, lo determinante para juzgar este tipo de delitos, es la especialización en el conocimiento del Derecho Administrativo policial o castrense que se infringe, toda vez que el resto de categorías del injusto castrense son compartidas por lo demás tipos de injustos previstos en el Código Penal.

Tendiendo en cuenta ello, así como la conclusión antes expuesta en el sentido de que la *Justicia Militar* no constituye una organización jurisdiccional constitucionalmente reservada o garantizada, sino que esta decisión forma parte del ámbito de libre configuración del legislador, es del caso ahora determinar con mayor detalle, a qué se refiere el inciso 1) del artículo 139º de la Constitución, cuando señala que son principios de la función jurisdiccional:

"La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral (…)".:

En otros términos, habiendo descartado que esta norma regule una *reserva de organización independiente*, se trata de determinar a qué se refiere entonces cuando señala que la Justicia Militar constituye una *jurisdicción independiente* calificándola como una excepción al principio de *unidad de la función jurisdiccional*. Sin duda, esta es la norma desde la que se plantea con mayor énfasis la especialidad de la Justicia Militar, argumentándose que debe organizarse necesariamente, no sólo al margen del Poder Judicial, sino incluso de los principios que rigen el ejercicio de la función jurisdiccional.

En efecto, la ya aludida deficiente redacción de esta norma, al definir a la justicia castrense como *jurisdicción independiente* y como *excepción al principio de unidad jurisdiccional,* generó la interpretación de que la Justicia Militar constituiría un ente que puede organizarse de manera distinta y hasta contraria a las garantías que rigen en la jurisdicción ordinaria en virtud del referido principio. De este modo, según este criterio, de un lado habría una *jurisdicción ordinaria* con garantías y principios que en esencia se encuentran reconocidos en el artículo 139° de la Carta; mientras que de otro lado, tendríamos una *jurisdicción militar* que se organiza de acuerdo a sus propias reglas y que en esa medida, no se encontraría obligada por las referidas garantías y principios.

Sin embargo, a pesar de la redacción de la norma, una interpretación como la señalada no se corresponde con la naturaleza del *principio de unidad jurisdiccional*. Así, para entender cabalmente este principio, es del caso

recordar en primer lugar que la *jurisdicción* es un *poder – deber* del Estado, a través del cual expresa su supremacía y el monopolio en la administración de justicia[27], por lo que por su propia naturaleza la *jurisdicción* es única e indivisible. Lo que suele inducir a confusión es el hecho de que este *poder – deber* único por naturaleza, se ejercita a través de los distintos órganos jurisdiccionales de distintas especialidades, pero que sin embargo, deben estar sometidos a un mismo estatuto jurídico[28] que les garantice ante todo independencia, igualdad y seguridad jurídica a los justiciables.

A tales propósitos se orienta el principio de *unidad jurisdiccional*, dado que tiene como finalidad asegurar que el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, única e indivisible pero con distintas manifestaciones, se organice y se ejerza a partir de un conjunto de principios, garantías y reglas comunes. Por esta razón no es posible sostener la existencia de *distintas* o *varias* jurisdicciones – entre ellas ciertamente la militar - sino simplemente de manifestaciones de la misma en función de la competencia de los órganos o de modulaciones organizativas, todas ellas sometidos a determinados principios y garantías comunes e irrenunciables. Ello debido a que si se admite excepciones a tales principios y garantías, en estricto se atenta contra la esencia del principio de *unidad jurisdiccional*[29] y por ende contra la propia naturaleza de la función jurisdiccional del Estado.

La doctrina nacional se ha hecho cargo de la interpretación del inciso 1) del artículo 139º de la Constitución, señalando que:

> *"En consecuencia, consideramos que la acepción jurisdicción, utilizada para nombrar a la actividad en el fuero militar y en el arbitral, no se ajusta al concepto que compartimos, es decir, nos parece que se trata de un uso incorrecto del concepto. Afirmamos que las llamadas jurisdicción militar y arbitral son, en estricto, expresiones de una competencia material exclusiva la primera y de un procedimiento de heterocomposición privada, la segunda"*[30].

En el mismo sentido, desde una interpretación en clave garantista de la mencionada norma constitucional, se señala que:

> *"Puede entenderse que la jurisdicción militar y la arbitral son especialidades, sobre las que también debe tener plena vigencia la unidad jurisdiccional, entendida como el conjunto en el que todos los elementos poseen idénticas facultades, garantías y obligaciones"*[31].

---

[27] MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. T.I. Sante Fe. Temis – De Belaunde & Monroy. 1996. p. 228.
[28] CORDÓN MORENO, Faustino. Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Navarra. Aranzadi. 1999. p. 47.
[29] GIL GARCÍA, Olga. La jurisdicción militar en la etapa constitucional. Madrid. Marcial Pons. 1999. p. 38.
[30] MONROY GALVEZ. Op.cit. pp. 230-231.
[31] DOIG DÍAZ, Yolanda. La Justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción. En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. HURTADO POZO, José (Director). Lima: Fondo Editorial PUC – Universidad de Friburgo. 2002. p. 54.

En esa misma dirección, la Defensoría del Pueblo[32] también ha señalado que, en tanto la función jurisdiccional del Estado es única, toda vez que se configura a partir de elementos comunes que la definen como tal, no resulta correcto calificar a la justicia castrense como una *"jurisdicción independiente"*, sino como una *especialidad jurisdiccional constitucionalizada*.

De este modo, a partir de una interpretación sistemática acorde con el *principio de unidad de la Constitución*[33], cuando el inciso 1) del artículo 139° de la Carta señala que no *"...puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar..."*, no está haciendo referencia a una *jurisdicción distinta* y por ende con garantías distintas, sino que simplemente se desprende de ello dos cosas:

*(ii) La necesaria configuración por el legislador de una **especialidad jurisdiccional** por la materia, esto es, para el juzgamiento de los delitos de función militar y policial.*

(iii) La libertad del legislador para radicar dicha especialidad jurisdiccional ya sea en una organización independiente pero en todo caso sometida a las exigencias derivadas del principio de unidad de la función jurisdiccional; o en el Poder Judicial.

En síntesis, lo que reserva o garantiza la Constitución no es una organización jurisdiccional, ya que ello forma parte de la libertad de configuración del legislador, sino simplemente la necesidad de que exista una *especialidad jurisdiccional* que responda a la necesidad de juzgamiento de los *delitos de función*. En efecto, de acuerdo a la Constitución, la especialidad del delito de función, esto es, la infracción de un deber militar o policial establecido por el Derecho Administrativo castrense policial, requiere necesariamente de una *especialidad jurisdiccional*, independientemente de si ello se verifica a través de una organización independiente o es radicada en el Poder Judicial, ya que la especialidad viene determinada por el conocimiento del derecho castrense policial infringido y no por el tipo o modelo de organización jurisdiccional.

Ahora bien, frente a este criterio interpretativo resulta válida la pregunta sobre las razones por las que la Constitución se ha ocupado de garantizar el establecimiento de una *especialidad jurisdiccional* en el caso de los delitos de función militar y policial, y no ha procedido del mismo modo con otros o todos los delitos de infracción de deber regulados en el Código Penal o leyes especiales. A nuestro juicio, no son razones jurídicas las que explican esta referencia constitucional a la especialidad jurisdiccional castrense, sino más bien de naturaleza política e histórica. En el mismo sentido se ha pronunciado un sector de la doctrina señalando que en la mayoría de los casos ello tiene un origen histórico y no jurídico *"Por ejemplo, el que los delitos militares se encuentren fuera del Código Penal es accidental, porque técnicamente no hay*

[32] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú. Informe Defensorial Nº 6. Lima. 1998. p. 28.

[33] HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid. CEC.1992. De acuerdo a este autor *"La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución (...) obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales"*. p. 45.

reparo alguno en que se incluyan dentro de él, como se hace en otros países"[34].

Conviene recordar de otro lado que, no necesariamente todo órgano que ejerce función jurisdiccional debe estar integrado en el *Poder Judicial* – como lo demuestra el caso del Tribunal Constitucional - pero si es de exigencia ineludible que a todo órgano investido de potestad jurisdiccional, le sea aplicable el principio de *unidad jurisdiccional*, en tanto garantiza que la función jurisdiccional del Estado se ejerza a partir de un conjunto de principios y garantías comunes. En ese sentido, se plantea con acierto que *"En este marco teórico, en el que la unidad jurisdiccional se concibe como una necesaria uniformidad de garantías en todos los órganos judiciales que juzgan y ejecutan lo juzgado, la jurisdicción militar no debe constituir una excepción sino un ámbito más donde debe aplicarse"*[35].

Por ende, a la Justicia Militar, aún en el supuesto que se organice al margen del Poder Judicial o unida parcialmente al mismo, también le son aplicables y exigibles todas las garantías propias de la jurisdicción consagradas principalmente en los artículos 139° y 146° de la Constitución, lo cual también constituye una exigencia derivada del principio de supremacía constitucional, en tanto dichas garantías encuentran expreso reconocimiento en la Carta fundamental y por ende son vinculantes para todos los poderes públicos, lo cual incluye ciertamente a la justicia castrense.

Reconocer ello no implica desconocer o negar la posibilidad de que algunas garantías integrantes del principio de *unidad jurisdiccional* puedan ser aplicadas con matices o modulaciones razonables y justificadas en el ámbito de la justicia castrense, pero en ningún caso desconociéndolas o afectando su esencia. En ese sentido, es de recordar que el principio de unidad jurisdiccional *"... consiste en que no exista una sola manifestación jurisdiccional que carezca de las garantías de la ordinaria, sin perjuicio de modulaciones legalmente previstas, que estén justificadas de manera razonable desde la singularidad del ámbito en el que ha de actuar y sin tener que configurarse por ello idénticas a la ordinaria"*[36].

De ello se derivan dos consecuencias importantes. Primero, no todas las garantías admitirán modulaciones o matizaciones, ya que algunas de ellas pertenecen a la esencia misma del principio de *unidad* y cualquier alteración determinaría que no sea posible calificar a una concreta función del Estado como jurisdiccional. Es el caso de las exigencias de *independencia*, *exclusividad* e *inamovilidad* en el ejercicio de la función jurisdiccional. En segundo lugar, la mera invocación o constatación de diferencias en virtud de la competencia de los órganos jurisdiccionales, no bastará para admitir matizaciones o modulaciones en las garantías que integran el principio de *unidad jurisdiccional*. Las matizaciones o la configuración diferenciada tendrán que justificarse a partir de los criterios de *razonabilidad*, *necesidad* y *proporcionalidad*.

[34] RODRÍGUEZ DEVESA, J.M, citado por DOIG DÍAZ, Yolanda. Jurisdicción militar…pp. 105.
[35] DOIG DÍAZ, Yolanda. Jurisdicción Militar ... p. 126.
[36] GIL GARCÍA, Olga. Op. Cit. p. 42.

X. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL MILITAR POLICIAL

1. Vulneración de la configuración constitucional del ámbito competencial de la justicia militar policial

a) Indebida habilitación para conocer procesos constitucionales y contiendas de competencia

Como vimos, el inciso 1) del artículo 139º de la Constitución, reconoce la especialidad jurisdiccional militar. A su turno, el segundo párrafo del artículo 141º de la propia Carta establece que la Corte Suprema de Justicia de la República conoce en casación las resoluciones de la Justicia Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173º de la Constitución. El primer párrafo de esta última norma establece que en caso de la comisión de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos a la Justicia Militar y al Código de Justicia Militar.

En el segundo párrafo del referido artículo se señala que las disposiciones del Código de Justicia Militar no son aplicables a los civiles, salvo el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. Es de recordar sin embargo que esta disposición fue interpretada de manera restrictiva por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que en ningún caso se refiere a la posibilidad de que los órganos de la justicia castrense juzguen a civiles y que sólo es posible aplicar a estos últimos – siempre por los tribunales civiles – normas de procedimiento conformes a las exigencias del debido proceso y siempre de manera excepcional[37].

El tercer párrafo del artículo 173º de la Carta establece que la casación a la que se refiere el citado artículo 141º de la Constitución, sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte. Mientras que el cuarto párrafo de la mencionada norma dispone que las personas que infrinjan el servicio militar obligatorio serán juzgados de acuerdo a las reglas del Código de Justicia Militar[38].

De este modo, resulta evidente que la Constitución configura a la justicia castrense como una especialidad estrictamente penal, esto es, como una competencia jurisdiccional especializada por la materia, a saber, el juzgamiento de los delitos de función militar. Esta configuración competencial estrictamente penal que hace la Constitución de la justicia castrense fue ratificada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 15 de octubre de 1999, asunto *Modenesi Montani* (Exp. Nº 757-99-HC/TC), donde señaló:

[37] STC, asunto *Marcelino Tineo Silva* (Exp. Nº 010-2002-AI/TC), Fj. 106-107. Publicada en el diario oficial el 4 de enero de 2003.

[38] A partir de la vigencia de la Ley N° 27178, publicada en el diario oficial el 29 de septiembre de 1999, el servicio militar en el Perú ya no es obligatorio sino voluntario, por lo que esta norma constitucional de competencia carece de aplicación práctica.

> *“ Que, en este sentido, queda establecido como afirmación de principio que la justicia judicial es la dominante y general, la justicia militar es excepcional, y de conformidad con el artículo 173º de la Constitución Política está limitada a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que incurren en delito de función...”*

Además de ello, es de tener en cuenta que la justicia castrense debe ser concebida y por ende interpretada de manera restrictiva, en tanto ámbito competencial especial y excepcional. Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Durand y Ugarte* contra el Perú[39], al sostener que:

> *“117…en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares”.*

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus sentencias de los casos *Villalba Zapata*[40] y *Huamaní Tipismana*[41], indicando que:

> *“...una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento constitucional, necesariamente habrá de considerar, por un lado, que la extensión de la justicia castrense no puede entenderse en otros términos que no sean en franca armonía a su carácter esencialmente restringido, derivado de los propios términos de su reconocimiento y a su articulación con el principio de exclusividad judicial.”*

De este modo, de acuerdo a la Constitución y a la interpretación que de la misma hace el Tribunal Constitucional, así como a la interpretación que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Pacto de San José, la Justicia Militar se encuentra limitada a la materia estrictamente penal para el conocimiento de los delitos de función militar y debe ser interpretada de manera restrictiva.

Sin embargo el literal 15.7 del artículo 15º de la Ley Nº 28665, le atribuye competencia al Consejo Suprior Penal Militar Policial, para el conocimiento de “acciones de garantía” (sic) establecidas en el Código Procesal Constitucional, Ley Nº 28237. Es decir, la norma en cuestión habilita competencia a un órgano de la justicia castrense para conocer de los procesos constitucionales, es decir, extiende su ámbito competencial a la materia constitucional. Sin duda, ello contraviene la configuración competencial estrictamente penal que hace la Constitución de la justicia castrense, así como la exigencia de su interpretación restrictiva.

---

[39] CIDH, *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, núm, 68.
[40] Asunto *Villalba Zapata* (Exp. Nº 585-96-HC/TC) fj. 3.b). Sentencia publicada el miércoles 30 de septiembre de 1998, en la Separata de Garantías Constitucionales del diario oficial El Peruano.
[41] Asunto *Huamaní Tipismana* (Exp. Nº 1154-2002-HC/TC) Fj. 3.

En esa línea, vulnera lo establecido en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley Nº 28237 según el cual, sólo son competentes para conocer los procesos constitucionales los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. En este punto entonces, resulta oportuno recordar que la Ley Nº 28237, es la que satisface la reserva de ley orgánica a la que somete el artículo 200° de la Carta de 1993, el desarrollo de los procesos constitucionales. En esa medida, la Ley Nº 28237 debe ser interpretada de manera conjunta con la Carta, dado que integra el *bloque de constitucionalidad* tal como lo establece el artículo 79º de la mencionada ley.

Es decir conforma con la Constitución, un solo bloque normativo a efectos de valorar la validez constitucional de las normas que inciden en la regulación de los procesos constitucionales, como es el caso del numeral 15.7 del artículo 15º de la Ley Nº 28665. En efecto, esta norma no respeta no sólo la naturaleza eminentemente penal y restrictiva de la Justicia Militar, sino que además, vulnera la reserva competencial que hace la Constitución y la Ley Nº 28237, del conocimiento de los procesos constitucionales.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre la pretensión del legislador de ampliar la competencia de la justicia castrense a la materia constitucional, habilitándola para el conocimiento de procesos constitucionales. En efecto, en la citada sentencia recaída en el asunto *Modenesi Montani* (Exp. Nº 757-99-HC/TC) Fj. 3, el Tribunal Constitucional en aplicación del control difuso de constitucionalidad, declaró inconstitucional el artículo 5º del Decreto Legislativo Nº 895, que atribuía competencia a la justicia castrense para el conocimiento de procesos de hábeas corpus tratándose de la imputación de los denominados delitos de *terrorismo agravado*. Así, el Tribunal estableció que

> *"…la jurisdicción militar es competente para conocer asuntos de naturaleza castrense (…) mas no para conocer infracciones de naturaleza constitucional, materia que pertenece al ámbito de otros órganos jurisdiccionales."*

En ese sentido, el Tribunal Constitucional concluyó que la creación de la figura del *hábeas corpus militar* a través del artículo 5º del Decreto Legislativo Nº 895:

> *"…constituye una asignación de competencia que este Tribunal considera contraviene a los preceptos constitucionales antes citados, resultando por ello de imperativa aplicación el artículo 138º, segundo párrafo de la Carta Política* (que consagra el control difuso de constitucionalidad)*…".*

El denominado *hábeas corpus militar* fue finalmente derogado a través de la Ley Nº 27235 de 20 de diciembre de 1999.

Por las mismas razones expuestas acerca de la naturaleza penal y restrictiva de la justicia castrense, resulta inconstitucional la competencia atribuida por el numeral 6) del artículo 9º de la Ley Nº 28665, a la Sala Suprema Penal Militar Policial, para dirimir *las cuestiones de competencia* entre la justicia castrense y

la civil (en estricto conflicto de jurisdicción[42]), con relación al conocimiento de los delitos de función militar. Incluso, de acuerdo a lo establecido en la Décima Disposición Transitoria de la propia ley, dicha Sala conocerá las contiendas en trámite al momento de su instalación. La competencia para dirimir este tipo de conflictos no sólo no se corresponde con la naturaleza penal de la Justicia Militar, sino que además, vulnera su naturaleza excepcional o restrictiva.

Así, establecer si una causa corresponde ser conocida por los órganos ordinarios o especializados, a partir de la valoración de que los hechos enjuiciados califican o no como delito de función militar, no es una tarea propiamente de juzgamiento penal, sino de análisis estrictamente competencial. El criterio para determinar qué órgano resulta competente para dirimir este tipo de conflictos, es decir, entre órganos ordinarios y especializados, debe atender necesariamente a la naturaleza de los mismos y al tipo de relación que existe entre ellos.

En efecto, la configuración excepcional o restrictiva que hace la Constitución de la justicia castrense, determina de manea directa que la justicia ordinaria y sus órganos se conviertan o actúen como *jurisdicción atrayente* respecto de aquella. De este modo, ante dudas o conflictos de entre ambos, debe prevalecer la justicia ordinaria. En esa medida, corresponde a los órganos de la justicia ordinaria dirimir los conflictos de jurisdicción con la Justicia Militar, a efectos de preservar la configuración excepcional que hace la Constitución de ésta especialidad, así como las reglas de competencia generales establecidas para la justicia ordinaria. Lo contrario, es decir, que los órganos excepcionales diriman los conflictos de jurisdicción con los órganos ordinarios, supondría desconocer la excepcionalidad constitucional de la justicia castrense, toda vez que serían sus órganos quienes decidirían su competencia frente a la justicia ordinaria.

Por estas consideraciones, a juicio de la Defensoría del Pueblo, resultan contrarios a los artículos 139º, 141º y 173º de la Constitución, el numeral 6) del artículo 9º, la Décima Disposición Transitoria y el numeral 15.7 del artículo 15º de la Ley Nº 28665.

b) Indebida atribución de competencia para el juzgamiento de conductas que no califican como delitos de función

Como ya desarrollamos, tanto la Corte Interamericana, el Tribunal Constitucional y la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, han definido con precisión el contenido del delito de función militar, única materia para la cual la constitución le otorga competencia a la jurisdicción penal militar policial. Así, conforme a estos altos tribunales, el delito de función militar debe ser definido a partir del bien jurídico protegido, que debe ser exclusivo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y cuya lesión o puesta en peligro debe representar una significativa afectación a la existencia, organización y/o funcionamiento de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, de manera tal que les dificulte de manera grave o impida el cumplimiento de sus

[42] Sobre la diferencia en la doctrina procesalista entre conflictos de jurisdicción y conflictos de competencia, ver San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. 2da. Ed. Lima. Grijley. pp. 176-177.

fines constitucionales. De este modo se trata de bienes jurídicos institucionales propios de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, por lo que en todo delito de función, son estas instituciones los sujetos pasivos del injusto típico.

Por esta razón, desarrollando este concepto constitucional del delito de función, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, además de calificar a los delitos de función como delitos especiales en la medida que se exigen un determinado círculo de autores calificados (militar o policía) como fundamento de la pena, estableció que pertenecen a la categoría de *delitos de infracción de deber*. Esto es, delitos consistentes en la vulneración por parte del sujeto activo, de un deber especial que le viene impuesto no por el Derecho Penal, sino por el Derecho Administrativo – militar o policial - en virtud de su estatus o posición institucional en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. De este modo, sólo en la medida que se cumplan con estas características estaremos frente a un delito de función militar o policial y por ende ante el ejercicio válido de la competencia de la justicia penal militar policial.

Este concepto constitucional de *delito de función* como criterio que habilita el ejercicio válido de la competencia de la justicia penal militar policial, es vulnerado por los artículos 71.3 y 71.4 de la Ley Nº 28665. Así, la primera norma otorga competencia al Fiscal Supremo Penal Militar Policial y a la Sala Suprema Penal Militar, competencia para el conocimiento *"…de todo delito que cometan durante el desempeño de sus funciones, los Vocales Superiores y Territoriales Penales Militares Policiales, los Fiscales Superiores, y Territoriales Penales Militares Policiales y los respectivos fiscales adjuntos"*. Por su parte, la segunda norma mencionada, otorga competencia al Fiscal Superior Penal Militar Policial que actúa ante la Vocalía Superior de Instrucción y al Vocal Superior de Instrucción, el conocimiento *"…de todo delito que cometan durante el desempeño de sus funciones, los Jueces Penales Militares Policiales, Fiscales Penales Militares Policiales de Juzgados y los respectivos Fiscales Adjuntos"*.

Ambas normas admiten dos interpretaciones respecto de su ámbito de extensión, las dos igualmente inconstitucionales. En efecto, la primera interpretación señala que, los mencionados órganos de la jurisdicción penal militar policial serán competentes para conocer cualquier delito que cometan los jueces y fiscales militares policiales señalados, durante el tiempo que ejerzan funciones ante dicha jurisdicción. Así, tanto si cometen un delito contra el patrimonio o la libertad sexual, como si comenten un delito contra la fe pública o el patrimonio del Estado, estableciendo de este modo una suerte de *aforamiento* en razón de la persona ante la jurisdicción penal militar policial.

Sin duda, una interpretación de esta naturaleza resulta manifiestamente inconstitucional, toda vez que al extenderse la jurisdicción penal militar policial al conocimiento de delitos comunes, vulnera el reconocimiento restrictivo que hace el artículo 173º de la Constitución de la justicia castrense, que la limita al juzgamiento de delitos de función. En efecto, no se trata de delitos donde su vulneren bienes jurídicos castrenses exclusivos y donde el sujeto activo se relacione con los mismos en virtud de deberes impuestos por el Derecho Administrativo. Por lo demás, una interpretación de esta naturaleza, vulnera el

principio de igualdad reconocido en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución, toda vez que no existe ninguna razón objetiva que justifique un aforamiento en consideración de la calidad de militar o policía del sujeto activo que comete un delito común.

La segunda interpretación que admiten las normas en cuestión, señala que los mencionados órganos de la justicia militar policial, sólo conocerán los delitos que comentan los mencionados jueces y fiscales en el desempeño o ejercicio de su función jurisdiccional. Un cuestionamiento similar al anterior resulta aplicable en este caso. En efecto, los delitos que puede cometer un juez o un fiscal penal militar policial en el ejercicio de sus funciones, son sin duda delitos contra la *función jurisdiccional* y no contra la función militar o policial, por lo que no nos encontramos frente a delitos de función. Resulta más que evidente que la *función jurisdiccional* no es, ni siquiera remotamente, un bien jurídico propio y exclusivo de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. También en el caso de esta segunda interpretación, se vulnera el principio de igualdad, toda vez que sin ninguna razón objetiva, se establece un aforamiento en función de la calidad de las personas (militar y policía).

Por las consideraciones desarrolladas, a juicio de la Defensoría del Pueblo, los artículos 71.3 y 71.4 de la Ley Nº 28665, con inconstitucionales.

2. Inconstitucionalidad del sistema transitorio de nombramiento de jueces de la justicia militar policial

En la demanda de inconstitucionalidad planteada por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos del Decreto Ley Nº 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar y el Decreto Ley Nº 23214, Código de Justicia Militar (Exp. Nº 023-2003-AI/TC), se cuestionó la adscripción de la justicia castrense en el ámbito del Poder Ejecutivo, así como una de sus manifestaciones más elocuentes como el nombramiento por parte de este poder del Estado de los jueces militares. Este esquema de intervención del Poder Ejecutivo en la organización de la función jurisdiccional, vulneraba el principio de separación de poderes reconocido en el tercer párrafo del artículo 43º de la Constitución, así como la exigencia de independencia en la función jurisdiccional de los magistrados militares, reconocida a partir del inciso 2) del artículo 139º y el inciso 1) del artículo 146º de la Carta.

Por esta razón, acogiendo los cuestionamientos de la Defensoria del Pueblo, el Tribunal Constitucional señaló que.

> *"A juicio del Tribunal Constitucional, no está garantizada la independencia del juez militar frente al Poder Ejecutivo desde el momento en que éste nombra a quienes integran los Consejos de Guerra y Consejos Superiores de la Policía Nacional y a los Jueces Instructores Permanentes, e incluso cuando tiene competencia para disponer el número de jueces que debe existir de acuerdo a las necesidades del servicio. La intervención del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, en el nombramiento de los jueces militares, representa*

un atentado contra la independencia judicial y la garantía de imparcialidad". (Fj. 58).

Recordó a su vez el Tribunal Constitucional que a igual conclusión llegó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia del caso *Castillo Petruzzi y otros* contra el Perú. En esa medida declaró la inconstitucionalidad de las normas que configuraban el esquema de dependencia y nombramiento de jueces por el Poder Ejecutivo. Siendo ello así, corresponde entonces preguntarse quién o qué órgano o institución es la que debería seleccionar y designar o nombrar a los jueces militares. A efectos de responder esta interrogante, es del caso indagar si la Constitución contiene o no reglas sobre designación de jueces y si las mismas resultarían o no aplicables al ámbito de justicia castrense.

Al respecto, encontramos que el artículo 150º de la Constitución, atribuye a un órgano constitucional autónomo, el Consejo Nacional de la Magistratura - CNM, la función constitucional de selección y designación de jueces y fiscales de manera general, es decir, sin hacer diferencia alguna en función de la especialidad de los mismos, por lo que debe entenderse que comprende a todos los jueces y fiscales, esto es, de todas las instancias y órganos jurisdiccionales. En efecto, la única excepción que se contempla en dicho artículo se refiere el caso de los jueces de elección popular, que ciertamente no es el caso de los jueces de la jurisdicción castrense.

A su turno, es del caso advertir que de una lectura sistemática de la Carta, es posible identificar otras dos excepciones a la selección y designación de jueces por parte del Consejo Nacional de la Magistratura. La primera es la que corresponde al caso de los miembros de los órganos constitucionales a los que la Constitución otorga el ejercicio de función jurisdiccional, como el Jurado Nacional de Elecciones - JNE en materia electoral y el Tribunal Constitucional - TC tratándose del conocimiento de procesos constitucionales en vía de recurso de agravio constitucional. En todos estos casos, a diferencia de la regulación que se hace de la justicia castrense como ya vimos, la propia Constitución se encarga de configurar órganos independientes a los que atribuye función jurisdiccional, estableciendo reglas básicas de conformación de selección, elección y designación de sus miembros.

La segunda excepción se refiere al caso de las comunidades campesinas y nativas que, de acuerdo al artículo 149º de la Constitución, 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. Ciertamente en estos casos, los mecanismos de elección, selección o designación de jueces comunales se verificará conforme a las reglas del derecho consuetudinario, en tanto es precisamente el factor cultural en el marco de una Constitución pluralista, el que legitima esta atribución de función jurisdiccional a dichas comunidades.

De este modo, de acuerdo a la Constitución, como regla general, todos los jueces y fiscales, independientemente de los órganos e instancias jurisdiccionales, así como de su ámbito competencial, deben ser seleccionados

y designados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Las dos únicas excepciones a dicha regla se verifican en el caso de los órganos constitucionales autónomos con función jurisdiccional (TC y JNE) y tratándose de las comunidades campesinas y nativas. Siendo ello así, por mandato constitucional, los jueces y fiscales de la justicia castrense deben ser seleccionados y designados por el Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que la Justicia Militar no se encuentra configurada como un órgano constitucional autónomo con función jurisdiccional, ni menos aún se trata de jueces de elección popular o de la justicia comunal.

A través de la configuración del Consejo Nacional de la Magistratura como un órgano constitucional autónomo dotado de independencia, al que se le atribuye la función de seleccionar y designar a los jueces de todas las instancias, órganos y especialidades, la Constitución no sólo establece una reserva material a un órgano determinado, sino que con ello garantiza la independencia de los jueces así como el principio de separación de poderes, al excluir de este ámbito a los poderes del Estado.

Sin embargo, esta garantía de separación de poderes e independencia en la selección y designación de los jueces y fiscales es vulnerada por la Segunda y Cuarta Disposiciones Transitorias de la Ley Nº 28665, Ley de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial. En efecto, estas normas, desconociendo la reserva constitucional de selección y designación de jueces y fiscales atribuida al Consejo Nacional de la Magistratura, establecen un sistema de designación transitorio de jueces y fiscales castrenses y policiales, a cargo de una denominada *Junta Transitoria, Calificadora y Designadora*. Así, este órgano seleccionará y designará a los vocales de la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República, del Consejo Superior, Consejos Territoriales y Jueces de Juzgados de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial. Hará lo propio con los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales, los Fiscales Superiores, los Fiscales Territoriales, Fiscales ante Juzgados y Fiscales Adjuntos.

Es decir, se encarga a esta Junta la designación de todos los jueces y fiscales castrenses policiales, salvo de los dos vocales supremos de la jurisdicción ordinaria que integran la Sala Suprema Penal Militar Policial. Ello en tanto el Consejo Nacional de la Magistratura convoque a concurso de selección y nombramiento de jueces castrenses, proceso que se iniciará al finalizar el primer año de vigencia de la Ley Nº 28665 y que se extenderá hasta un plazo máximo de cuatro años. Así, recién a partir del segundo semestre del tercer año y hasta finalizar el cuarto año desde la entrada en vigencia de la Ley Nº 28665, el Consejo Nacional de la Magistratura podrá seleccionar y designar jueces castrenses.

De este modo, la conformación inicial de la justicia Penal Militar Policial en todos sus niveles, con la excepción antes anotada, estará 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, sino que además incumpliendo de manera flagrante lo establecido por el Tribunal Constitucional,

que admite la intervención indirecta del Poder Ejecutivo en dicho órgano y por ende en la referida función constitucional.

En efecto, la denominada *Junta Transitoria, Calificadora y Designadora*, evidentemente no es el Consejo Nacional de la Magistratura, pero además, se encuentra conformada mayoritariamente por representantes del actual Consejo Supremo de Justicia Militar, que es un órgano del Poder Ejecutivo, tal como lo han señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Castillo Petruzzi y otros* y el Tribunal Constitucional (Exp. Nº 023-2003-AI/TC; Fj. 58). Así, cuatro de sus siete miembros son representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar, que además deben tener la condición de militares en retiro con el grado de General de Brigada y haber desempeñado funciones de jueces y fiscales en la justicia castrense.

Por estas consideraciones, resulta inconstitucional el sistema de selección y designación de jueces castrenses y policiales a cargo de la denominada *Junta Transitoria, Calificadora y designadora*, establecida en la Segunda y Cuarta Disposiciones Transitorias de la Ley Nº 28665 y ciertamente las demás normas conexas con dichas disposiciones.

3. Inconstitucionalidad de la integración de la justicia militar por militares en actividad. Vulneración de la garantía de exclusividad e independencia de la función jurisdiccional y del principio de igualdad y no discriminación

Sin duda, 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. Como ya vimos, la exclusividad, en tanto inherente a todo ejercicio de jurisdicción, también resulta exigible en el ámbito de la justicia castrense. Dicha exigencia presenta una vertiente *positiva* y otra *negativa*. De acuerdo a la primera de ellas, 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.

Por su parte, la segunda vertiente 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 a 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 aquella.

Estas dos vertientes de la exclusividad se encuentran reconocidas en el inciso 1) y en el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 139°, así como en el primer párrafo del artículo 146° de la Constitución. 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. Mientas que la segunda norma dispone la

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

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. De este modo, 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. Se trata 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*.

Sobre la base de estas consideraciones, la Defensoría del Pueblo demandó ante el Tribunal Constitucional (Exp. Nº 0023-2003-AI/TC), la inconstitucionalidad de todas aquellas normas del Decreto Ley Nº 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, que establecían la conformación de los órganos de la justicia castrense por militares en actividad. Es decir, se cuestionó que la función jurisdiccional sea ejercida por profesionales militares y policiales, lo cual no sólo supone la vulneración de la exigencia de dedicación exclusiva a la función jurisdiccional, sino el sometimiento a un estatuto – el militar y policial – manifiestamente contrario a dicha función, toda vez que la condición de militar o policía en actividad, supone subordinación, obediencia y respecto a la jerarquía. Mientras que los jueces sólo deben estar sometidos a la Constitución y la ley, como exigencias derivadas de los principios de independencia e imparcialidad.

El Supremo intérprete de la Constitución acogió estos cuestionamientos señalando que:

> *"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".*(Fj. 42).

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, ínsitas a cualquiera que ejerza funciones jurisdiccionales en nombre del pueblo"*. (Fj. 44).

Notas sin embargo que 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 pretendiesen actuar con independencia e imparcialidad 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"*. (Fj.45)

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

Sin embargo, este criterio es desconocido por la Ley N° 28665, toda vez que en el Artículo XII de su Título Preliminar, configura un esquema según el cual, salvo el caso de los vocales que integran la Sala Suprema Penal Militar (dos de la justicia ordinaria y tres del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial que pasan a la situación de retiro al incorporarse a dicha Sala) todos los jueces de la justicia militar policial deben tener la condición de militares en actividad. Siguiendo esta línea, la propia norma, así como el segundo párrafo del Artículo II y al Artículo XI del Título Preliminar de la Ley N° 28665, establecen que constituye un requisito indispensable para ejercer función jurisdiccional en la justicia militar policial, contar con *formación jurídico militar policial*. La primera se obtiene con el título profesional de abogado, mientras que la segunda a partir de la asimilación en los Cuerpos Jurídicos Militares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, así como durante el desarrollo en sus especialidades en el Cuerpo Judicial o Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial.

De acuerdo al artículo 81.1 de la Ley N° 28665, todos los vocales y jueces de la justicia militar policial con formación jurídico militar policial, integran el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, al cual se ingresa, según el artículo 81.2 de la propia ley, sólo y únicamente con el grado militar o policial de mayor o equivalente, y previa designación por el Consejo Superior Penal Militar Policial. A su turno, conforme al artículo 33.1 de la referida ley, únicamente los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial pueden ser nombrados como jueces o vocales de la justicia militar policial. En síntesis, para que alguien sea vocal o juez de la justicia militar policial, con las excepciones antes anotadas, debe:

a) Asimilarse a los Cuerpos Jurídicos Militares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.
b) Obtener formación militar o policial.
c) Alcanzar el grado militar o policial de mayor o equivalente.
d) Ser designado por el Consejo Superior Penal Militar Policial, como miembro del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial.

Adicionalmente a ello, conviene advertir que el artículo 81.3 de la Ley N° 28665, establece un sistema de equivalencias entre los niveles en los que se

ejerce la función jurisdiccional penal militar policial y los grados militares. Ello es compatible ciertamente con la lógica de otorgar el ejercicio de la función jurisdiccional a oficiales militares y policiales en situación de actividad. De este modo, al ejercicio de función jurisdiccional en cada instancia o nivel de la organización judicial penal militar policial, le corresponde un determinado grado militar, con lo cual se traslada a la función jurisdiccional, el esquema de grados militares y por ende las notas de *jerarquía* y *subordinación*.

En efecto, el establecer un sistema de equivalencia entre niveles en los que se ejerce la función jurisdiccional y los grados militares, no constituye una opción neutral o meramente simbólica, sino que tiene como finalidad – o como consecuencia - el traslado al ejercicio de la función jurisdiccional en sede penal militar policial, de los principios de *jerarquía* y *subordinación* y por ende de disciplina y obediencia. Todo ello ciertamente como consecuencia de confundir el ejercicio de la función jurisdiccional con las funciones constitucionales que se les atribuye a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, lo cual lleva a concebir a la justicia penal militar policial en términos de fuero personal y como una extensión del poder de mando administrativo castrense, ámbito en el cual tales principios si resultan importantes, más no en el ejercicio de la función jurisdiccional, donde se contraponen a las exigencias de *independencia* e *imparcialidad*.

Esta situación es especialmente problemática si se tiene en cuenta que conforme al Artículo I del Título Preliminar y a los artículos 8° y 81.1 de la Ley N° 28665, la justicia militar policial sólo se encuentra unida al Poder Judicial en el vértice de su organización, a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial. Dicho órgano jurisdiccional, del cual depende el resto de la organización judicial penal militar policial, está conformado mayoritariamente por vocales del Cuerpo Judicial Penal Militar, es decir, por personas que si bien cuentan con formación jurídica, son profesionales militares que recién con su incorporación en el referido colegiado pasan a la situación de retiro. Por lo demás, uno de tales vocales es el que preside la Sala Suprema Penal Militar Policial.

De este modo, el estamento castrense integra en mayoría y preside no sólo la mencionada Sala, sino además toda la organización judicial castrense, conformada por militares en actividad sometidos al sistema de grados militares. A su turno y para acentuar este modelo, la Primera Disposición Complementaria de la referida ley, establece que la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, constituye un Pliego Presupuestal adscrito al sector Poder Judicial, cuyo titular es el Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, es decir, un militar en actividad.

Sin duda, en 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 VIII del Título Preliminar de la Ley N° 28665, resultan meramente declarativas o simbólicas. En efecto, el traslado de la lógica castrense o militar al ejercicio de la función jurisdiccional, a través de la composición de los órganos jurisdiccionales con oficiales en actividad sometidos al sistema de grados militares (jerarquía, subordinación y

obediencia), dependientes de un órgano jurisdiccional supremo compuesto mayoritariamente por militares en actividad - uno de los cuales lo preside – no constituye pues un entorno institucional favorable para el ejercicio de función jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial.

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 2º de la Constitución 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 ciertamente 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.

Teniendo en cuenta entonces 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. Ello se traduce en la necesidad de que los magistrados de dicha especialidad jurisdiccional tengan conocimientos especializados del 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. En definitiva, se trata de una especialización estrictamente jurídica o normativa y en ningún caso vivencial o relacionada con la pertenencia a los institutos armados, dado que como ya vimos, ello responde más a un esquema de *fuero* o estatuto personal, antes que a una necesidad jurisdiccional.

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 por que 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.

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. En esa medida, dicha 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. Ciertamente también resultan inconstitucionales todas las demás normas conexas.

4. Inconstitucionalidad del denominado Ministerio Público ante la administración de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial

En su demanda contra diversos artículos del Decreto Ley Nº 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar y el Decreto Ley Nº 23214, Código de Justicia Militar (Exp. Nº 023-2003-AI/TC), la Defensoría del Pueblo sostuvo que, en tanto el ejercicio de la acción penal pone en marcha la maquinaria persecutoria del Estado, lo cual incide en la vigencia de una serie de derechos fundamentales, la titularidad de esta función, el órgano al cual se le atribuye, así como la manera de ejercerla, constituían aspectos de una indiscutible relevancia constitucional[43].

Por esta razón, 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. De este modo, resulta claro que la Constitución, alejándose del modelo napoleónico de Ministerio Público, desliga a esta institución del Poder Ejecutivo, garantizándole su autonomía a través de un estatus similar al del Poder Judicial. En efecto, de acuerdo al artículo 158° de la Constitución, el Ministerio Público es un órgano autónomo presidido por el Fiscal de la Nación, quien ostenta la 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 inciso 5) del artículo 159° de la Constitución, 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

[43] DÍEZ-PICAZO, Luis María. El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo. Barcelona. Ariel. 2000. p. 11.

configurando un ente autárquico[44] y; (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.

Estas exigencias constitucionales sin embargo son desconocidas por la regulación que hace la Ley Nº 28665 del denominado *Ministerio Público ante la administración de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial*. En efecto, el Atículo IX, el segundo y tercer párrafos del Artículo X, el último párrafo del Artículo XI y el Artículo XII del Título Preliminar y los artículos 49.2, 51.1 y 82.1 de la Ley N° 28665 establecen que todos los fiscales penales militares policiales se encuentran integrados en el denominado *Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial* al interior del Ministerio Público. A su turno, conforme al último párrafo del Artículo XII del Título Preliminar, inciso 1) del artículo 56.1, así como el artículo 82.1 de la mencionada ley, esta estructura orgánica depende funcionalmente del Fiscal Supremo Penal Militar Policial, quien tiene entre sus atribuciones, la de impartir instrucciones de carácter general en materia funcional.

Dicha norma señala a su vez que la referida dirección funcional puede hacerla el Fiscal Supremo Penal Militar Policial como consecuencia de instrucciones o indicaciones del Fiscal de la Nación, lo cual sin embargo no debe significar injerencia sobre la independencia en el ejercicio de sus funciones. En otros términos, se otorga independencia al Fiscal Supremo Penal Militar Policial en la dirección funcional del Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial, en desmedro de la dirección jurídico funcional que corresponde al Fiscal de la Nación. Este esquema de independencia respecto del Fiscal de la Nación, se confirma cuando el artículo 56.2 de la Ley N° 28665, establece que las funciones del Fiscal Supremo Penal Militar Policial, entre ellas ciertamente la de impartir instrucciones funcionales a los fiscales del Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial, pueden ser ejercidas por el Fiscal de la Nación, pero siempre de manera excepcional y temporalmente.

De este modo, no sólo se crea una organización *ad hoc* o especial de fiscales nominalmente al interior del Ministerio Público – no se trata únicamente de una especialidad 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 creado por la propia Ley N° 28665. 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.

[44] 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.

Por su parte, el artículo 49.1 de la Ley N° 28665, establece que todos los fiscales penales militares policiales deben ser oficiales en situación de actividad, salvo el caso de los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales quienes pasan a la situación de retiro al momento de asumir el cargo, así como los Fiscales Penales Militares Policiales que actúan en el ámbito de control interno del Ministerio Público, que deben tener la condición de militares en retiro.

A su turno, los artículos 49.3, 51.1 y 82.3 de la Ley N° 28665, establecen un sistema de equivalencia o correspondencia entre los niveles funcionales de los Fiscales Penales Militares Policiales y los grados militares. De este modo, a los Fiscales Supremos Penales Militares les corresponde el grado de general de brigada o su equivalente (art. 55.1). Al Fiscal Adjunto al Fiscal Supremo Penal Militar Policial, le corresponde el grado de policial o militar de coronel o su equivalente (art. 57.3). Por su parte, los Fiscales Superiores Penales Militares Policiales deben tener el grado de general de brigada o su equivalente (arts. 58.3 y 58.4).

Conviene destacar además que de acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del Artículo X, el Artículo XI del Titulo Preliminar, así como en el artículo 51.2 de la Ley N° 28665, los Fiscales Penales Militares Policiales deben contar necesariamente con formación jurídico militar policial. Conforme al Artículo XI, la formación jurídica se adquiere con el título profesional de abogado, mientras que la formación militar policial, con la preparación académica, técnica, operativa y vivencial, sobre el empleo, principios, valores y disciplina que rigen para las Fuerzas Armadas o Policía Nacional y en especial, interiorizarse con su organización en tiempo de paz, conflicto armado o régimen de excepción. Tales conocimientos se adquieren según la propia norma, con la asimilación a los Cuerpos Jurídicos Militares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional; y durante el desarrollo de sus especialidades en el Cuerpo Judicial o Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial.

De este modo, resulta evidente que por más que la Ley N° 28665 establezca que los Fiscales Penales Militares Policiales forman parte de un Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del *Ministerio Público* y que su nombramiento estará a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura nos encontramos en estricto frente a profesionales militares y policiales que ejercen la función fiscal en el justicia castrense. Es decir, se trata de militares y policías en actividad, sometidos al sistema de grados militares y por ende pertenecientes a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional (al Poder Ejecutivo), que ejercen una función que la Constitución ha reservado a un órgano constitucional autónomo, precisamente para excluir cualquier intervención de los poderes del Estado, especialmente al Poder Ejecutivo.

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, requiriente 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.

Conviene hacer notar además, que las consideraciones antes expuestas también resultan especialmente reveladoras de la vulneración de otras de las prohibiciones que se deriva de la configuración constitucional del Ministerio Público. Nos referimos a la imposibilidad de atribuir el ejercicio de la función fiscal y en concreto la titularidad de la acción penal, a un órgano distinto del constitucionalmente establecido, esto es, del Ministerio Público. En efecto, como ya adelantamos, la Ley N° 28665 antes que una especialidad en la función fiscal, lo que hace es configurar una organización Fiscal Penal Militar Policial, que simbólica o nominalmente se encuentra integrada al Ministerio Público constitucionalmente establecido. En efecto, si bien el artículo 49.2 de la Ley N° 28665 alude a un Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del *Ministerio Público*, lo cierto es que el mismo depende funcionalmente del Fiscal Supremo Penal Militar Policial.

Sólo este último funcionario integra la Junta de Fiscales Supremos, pero tiene garantizada independencia en el ejercicio de sus atribuciones de dirección funcional del referido Cuerpo Fiscal, respecto del Fiscal de la Nación, según el inciso 1) del artículo 56.1. Los demás fiscales penales militares son militares en actividad, sometidos al régimen de grados militares. Ciertamente, se trata de una organización paralela al Ministerio Público, unida únicamente en el vértice aunque de manera más simbólica que real, que ejerce funciones concedidas por la Constitución en exclusividad a este último órgano. Ello resulta más evidente si se tiene en cuenta que el artículo 49.2 de la Ley N° 28665 establece una regla que la dota de primacía respecto de la Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público, invocando el principio de *supremacía* (sic) de la norma específica.

Por todas las consideraciones expuestas, las normas de la Ley N° 28665 antes citadas que configuran el denominado Ministerio Público ante la Administración de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, así como las demás normas conexas, resultan inconstitucionales.

5. Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo Nº 961, que aprueba el Código de Justicia Militar

En este punto es de insistir una vez más en recordar el contenido constitucional que el Tribunal Constitucional ha establecido para el *delito de función* al que alude el artículo 173º de la Constitución, así como al desarrollo que de ese concepto ha realizado desde el Derecho Penal, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. De ambos pronunciamientos es posible señalar sintéticamente a los efectos del análisis del presente acápite, que el delito de función consiste:

a) En la *infracción de un deber* militar o policial.
b) El autor por ende debe ser necesariamente un militar o policía en actividad. Se trata de un delito especial propio, ya que la calidad de militar o policía fundamenta la pena.

c) El deber infringido no proviene del Derecho Penal, sino del Derecho Administrativo castrense o policial, se trata de un deber extra penal.
d) Con la *infracción del deber* se debe poner en riesgo o afectar bienes jurídicos esenciales para la existencia, organización y/o funcionamiento de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, de manera tal que se dificulte o impida el cumplimiento de los fines que la Constitución les impone.
e) Los bienes jurídicos por lo tanto deben ser institucionales, exclusivos, inherentes o propios de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, ya que en todo caso son los sujetos pasivos del delito de función.

De la definición presentada se desprenden varias exigencias que son desconocidas por el Decreto Legislativo Nº 961. Advertimos que no vamos detallar todos y cada uno de los supuestos de inconstitucionalidad que contiene esta norma, sino únicamente la tipología de inconstitucionalidades acompañada de algunos ejemplos.

Así, una primera conclusión lógica que se deriva del concepto constitucional del delito de función, es que al tratarse de la infracción de un deber relacionado con las funciones que la constitución establece a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, resulta evidente que es de rigor diferenciar entre *infracción de deber militar* e *infracción de deber policial*. Ello debido a que la Constitución, asigna funciones distintas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, por lo que el ámbito funcional o institucional penalmente protegido, es diferente, lo cual obliga a diferenciar entre *delitos de función milita*r y *delitos de función policial*. En efecto, el catálogo de deberes impuestos a un militar difiera de los que corresponden a un policía, toda vez que no persiguen los mismos fines institucionales. Ciertamente que ello no significa negar que, quizá en algún ámbito puedan ser coincidentes, pero ello ciertamente no es la regla.

A pesar de esta exigencia constitucional de diferenciar entre *injustos de infracción de deber militar* e *injustos de infracción de deber policial*, el Código de Justicia Militar tipifica la mayor parte de conductas considerando como sujetos activos de las mismas tanto a militares como a policías. De este modo, el Código de Justicia Militar elimina la distinta atribución de funciones y por ende de deberes que la Constitución establece con relación a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

Así por ejemplo, en todos aquellos delitos que contienen en el tipo objetivo el elemento normativo *"conflicto armado internacional"*, y se considera a los policías como sujetos activos, se sanciona a estos funcionarios por un hecho respecto del cual no les compete *ningún deber funcional*, toda vez que conforme a la Constitución, corresponde a las Fuerzas Armadas y no a la Policía Nacional, garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República. Es el caso del delito de posesión no autorizada de información tipificado en el artículo 79º, el delito de capitulación indebida tipificado en el artículo 118º o el delito de daños a operaciones por culpa tipificado en el artículo 136º del Código de Justicia Militar, entre otros.

A su turno, resulta claro de la definición del delito de función como un delito especial propio y de infracción de deber, sólo puede ser sujeto activo un militar

o policía en actividad, toda vez que sólo a un sujeto adscrito funcionalmente a tales instituciones, es posible imputarle deberes funcionales y por ende reprocharle su infracción. Dicho de otro modo, el delito de función, en tanto infracción de un deber, no puede ser cometido por un sujeto no calificado, es decir por cualquier persona, ya que en este caso nos encontraríamos frente a un delito común. Sin embargo, el Código de Justicia Militar vulnera el concepto constitucional del delito de función militar o policial, al tipificar conductas que en estricto pueden ser cometidas por particulares. Prueba de ello es que conductas similares se encuentran también tipificadas en el Código Penal.

Nos referimos al caso de los supuestos típicos contemplados en el artículo 66º del Código de Justicia Militar calificados como delitos de traición a la patria. Muchas de estas conductas están también tipificadas entre el artículo 325º a 334º del Código Penal, que también los denomina como delitos de traición a la patria. Es el caso también de los delitos de rebelión, sedición y motín tipificados entre el artículo 68º a 77º del Código de Justicia Militar, pero que con igual denominación los mismos o similares supuestos típicos se contemplan entre el artículo 346º a 353º del Código Penal. Otro tanto sucede con los delitos de ultraje a los símbolos patrios tipificados entre los artículos 81º y 82º del Código de Justicia Militar, mientras que figuras similares se encuentran tipificadas en los artículos 344º y 345º del Código penal.

Similar cuestionamiento es aplicable a los artículos 139º a 141º del Código de Justicia Militar, que en estricto tipifican supuestos de abuso de autoridad y contra la vida e integridad física, bienes jurídicos que ciertamente no son propios ni exclusivos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional. En efecto, estas conductas se encuentran también tipificadas en el Código Penal, al igual que el supuesto tipificado en el artículo 134º del Código de Justicia Milita como delito contra la función y administración militar policial, cuando en estricto se trata de figuras de cohecho tipificadas entre el artículo 382º y 383º del Código Penal.

Sin duda, en todos estos casos, no se requería que tales conductas fueran tipificadas en el Código de Justicia Militar, toda vez que ante la comisión de tales delitos por un militar o policía en actividad que hubiese actuado con prevalimento, es decir, aprovechándose de su condición de tal o hubiese utilizado las armas proporcionadas por el Estado, resultaba aplicable la agravante genérica prevista en el artículo 46-A del Código Penal. Ello demuestra una vez más, que los delitos mencionados no constituyen delitos de función militar, toda vez que con su consumación no se infringe ningún deber propio de los miembros de las Fueras Armadas y la policía Nacional. Así mismo, en el caso que el fundamento de la agravación hubiese consistido en alguna circunstancia distinta al prevalimento o el uso indebido de armamento oficial, basta con incorporar en el tipo penal correspondiente dicha circunstancia agravante del reproche penal.

Especial atención requiere el caso de los delitos tipificados en el Título II del Código de Justicia Militar, bajo la denominación de Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. Si bien estas conductas se verifican en contextos de conflicto armado, en el que se le imponen determinados deberes a los

miembros de las Fuerzas Armadas o las partes del conflicto, también es verdad que se trata en muchos casos de graves atentados contra la vida, integridad, salud y otros derechos fundamentales que constituyen bienes jurídicos individuales que no sólo no califican como castrenses o policiales y por ende institucionales, sino que trascienden dicho ámbito. Se trata de conductas prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario que finalmente no es otro cosa que Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicado a los conflictos armados.

En esa medida, resulta cuestionable que el Código de Justicia Militar califique a estas conductas típicas como delitos de función militar o policial. Más aún si se tiene en cuenta que a través del artículo 1º de la Ley Nº 27837, el Congreso de la República encargó a una Comisión Especial Revisora del Código Penal, *"…revisar el texto del Código Penal, normas modificatorias y adecuación a los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado por el Perú, y demás instrumentos internacionales, a fin de elaborar un "Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal" respecto de los artículos cuya modificación se considere pertinente*".

A la fecha, el pleno de esta comisión aprobó una propuesta de incorporación del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Estatuto de Roma y demás instrumentos internacionales) a la legislación penal nacional. Sin duda, allí se regulan muchas de las figuras típicas que contempla el Código de Justicia Militar como delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. De este modo, el Poder Ejecutivo, al promulgar el Decreto Legislativo Nº 961 contemplando los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, invadió una materia que el legislador ya se había reservado a través de la Ley Nº 27837, encargando su tratamiento a una Comisión Especial Revisora del Código Penal. Por lo demás, la Ley Nº 28636, de delegación de facultades al Poder Ejecutivo para que dicte el Código de Justicia Militar, no lo autorizó para que incorporara el Derecho Internacional Humanitario a la legislación penal nacional. Es del caso pues que la constitucionalidad de esta manera de proceder del Poder Ejecutivo sea valorada oportunamente por las instancias correspondientes.

También se advierte en el Código de Justicia Militar, la tipificación de conductas cuya entidad no alcanza para ser consideradas delito, desde las exigencias del *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. En efecto, se trata de conductas propias del Derecho Disciplinario, en la medida que constituyen meras infracciones disciplinarias. Es el caso de los delitos de incapacitación voluntaria para el servicio tipificado en el artículo 115º, el delito de simulación tipificado en el artículo 116º, los supuestos de colaboración con tales delitos tipificados en el artículo 117º, así como el supuesto de delegación injustificada de comando tipificado en el artículo 131º del Código de Justicia Militar.

Sin duda, en todos estos tipos de supuestos, se incurre en un vicio de inconstitucionalidad, toda vez que tipifican conductas transgrediendo el concepto constitucional del delito de función militar o policial, lo cual genera que la justicia penal militar policial asuma indebidamente competencia sobre

estos hechos, vulnerándose además la garantía del juez legal predeterminado y el principio de igualdad.

XI. CONCLUSIONES

1. En el marco de su mandato constitucional de defensa de los derechos fundamentales de la persona y la comunidad previsto en el artículo 162º de la Constitución, la Defensoría del Pueblo identificó que la Justicia Militar, cuyo modelo respondía en esencia al modelo inaugurado en 1898 por el primer Código de Justicia Militar, adolecía de una serie de problemas compatibilidad con la Constitución y los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

2. Ante ello, la Defensoría del Pueblo decidió establecer una línea de trabajo específica al respecto, en cuya virtud elaboró distintos informes defensoriales en los que abordó la materia, entre los que destacan: el Informe Defensorial Nº 6. Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú; el Informe Defensorial Nº 64. La Justicia Militar en una etapa de transición: análisis de los proyectos de reforma; así como el Informe Defensorial Nº 66. Quién Juzga qué? Justicia Militar vs. Justicia Ordinaria.

3. A través de dichos informes, la Defensoría del Pueblo evidenció que el modelo de Justicia Militar entonces vigente adolecía en esencia de los siguientes problemas: (i) dependencia del Poder Ejecutivo; (ii) naturaleza administrativa; (iii) ámbito de protección que desborda lo estrictamente castrense; (iv) Utilización del derecho penal como mera extensión del poder de mando militar y policial; (v) composición de los tribunales por militares en actividad y legos en derecho; (vi) procesos marcadamente inquisitivos y; (vii) Ministerio Público no independiente.

4. Al respecto, la Defensoría del Pueblo formuló lineamientos de reforma y puntuales recomendaciones al Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial y al Consejo Supremo de Justicia Militar, a efectos de modificar este modelo de justicia castrense y hacerlo compatible con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Hasta el año 2000, estas recomendaciones no merecieron la atención de las entidades del Estado antes señaladas.

5. A partir del gobierno de transición que se inicia a finales del año 2000, el tema de la reforma de la Justicia Militar adquiere cierto interés, lo cual se manifiesta en la presentación de una serie de proyectos de ley en el Congreso por parte de congresistas de diversas tiendas políticas, conteniendo modificaciones parciales al modelo vigente de justicia castrense. En esa misma línea, el Ministerio de Defensa publicó en el diario oficial para el debate y los aportes públicos, una propuesta de Código de Justicia Militar y una propuesta de Ley Orgánica de Justicia Militar.

6. También a partir de ese periodo se plantearon propuestas de reforma constitucional sobre la Justicia Militar, como las que se trabajaron en el seno de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional

del Perú, la Comisión para la Reestructuración Integral de las Fuerzas Armadas, en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS, así como en el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación – CVR.

7. Al mes de septiembre del año 2003, la Defensoría del Pueblo verificó que ninguna de las iniciativas de reforma legal y constitucional, fueron acogidas. Ante ello, decidió recurrir al Tribunal Constitucional para impugnar la constitucionalidad del modelo vigente de Justicia Militar, a través de dos demandas de inconstitucionalidad. La primera de ellas planteada contra el artículo 10º de la Ley Nº 24150 y la segunda contra diversas disposiciones del Decreto Ley Nº 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, del Decreto Ley Nº 23214, Código de Justicia Militar y una disposición de la Ley Nº 27860.

8. Acogiendo los cuestionamientos de la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Constitucional estableció en sus sentencias que el criterio decisivo para dotar de contenido al delito de función al que hace referencia la constitución, es el bien jurídico afectado o criterio material. Con ello descartó como criterios válidos para definir el delito de función, los que aluden al lugar de comisión del delito, la calidad de militar o policía del sujeto activo o pasivo, la mera tipificación en el Código de Justicia Militar, así como los criterios de causalidad y ocasionalidad.

9. A su vez, declaró inconstitucional:

   a) El nombramiento de los jueces militares por el Poder Ejecutivo.
   b) La integración de la justicia castrense por militares en actividad.
   c) La existencia de subordinación entre los órganos de la justicia castrense y entre los integrantes de dichos órganos.
   d) El régimen de permanencia e inamovilidad temporal de los jueces militares en el cargo.
   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.
   f) El Ministerio Público Militar por no corresponder al órgano constitucionalmente previsto para realizar las funciones requirentes y persecutorias propias del Ministerio Público.

10. El Tribunal Constitucional moduló en el tiempo su sentencia recaída en el Exp. Nº 0023-2003-AI/TC, suspendiendo sus efectos por 12 meses (*vacatio sententiae*). Exhortó al Congreso para que en ese plazo dicte una nueva legislación sobre la materia, conforme a los criterios jurisprudenciales establecidos. Esta tarea fue monopolizada en el Congreso de la República por la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas.

11. El Presidente de dicha Comisión encargó a un Grupo de Trabajo la discusión de un borrador de proyecto de ley orgánica de justicia militar, previamente acogido como tal, sin que fuera posible la discusión acerca del

modelo plasmado en dicho borrador, por lo que la Defensoría del Pueblo decidió no seguir participando en dicho Grupo. El 7 de enero de 2006, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley Nº 28665, denominada Ley de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial.

12. A juicio de la Defensoría del Pueblo, a efectos de valorar la compatibilidad constitucional de la Ley Nº 28665, es del caso tener en cuenta las siguientes consideraciones relacionadas con la necesidad de establecer en qué consiste la especialidad de la justicia penal militar policial a la que alude la Constitución:

    a) La Justicia Militar no constituye un fuero personal o especial en razón de los sujetos.
    b) El Derecho Penal Militar no se rige por valores y principios distintos a los que rigen el Derecho Penal Ordinario.
    c) El Derecho Penal Militar también está vinculado por el principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos* o *lesividad*.
    d) No existe diferencia sustantiva entre el Derecho Penal Militar y el Derecho Penal Ordinario.
    e) La Constitución no ordena la existencia necesaria de una organización judicial castrense ni de un Código de Justicia Militar.
    f) La Justicia Militar es una competencia jurisdiccional especializada con reconocimiento constitucional y se encuentra vinculada al principio de unidad jurisdiccional.

    Teniendo en cuenta estos criterios, así como las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los casos Exp. Nº 017-2003-AI/TC y Exp. Nº 0023-2003-AI/TC, la Defensoría del Pueblo advirtió que la Ley Nº 28665, presenta varios problemas de constitucionalidad.

13. La Ley Nº 28665 vulnera la configuración competencial que hace la Constitución de la Justicia Militar, al atribuirle competencia para el conocimiento de procesos constitucionales, dirimir contiendas de competencia y el juzgamiento de delitos que no son de función militar o policial. En efecto, la Justicia Militar es estrictamente penal y tiene naturaleza restringida, por lo que el legislador se encuentra impedido de extender su ámbito de competencia material.

14. Mientras el Consejo Nacional de la Magistratura seleccione y designe a los jueces y vocales militares en un plazo de cuatro años, la Ley Nº 28665 establece un sistema de nombramientos transitorio de jueces y fiscales penales militares policiales a cargo de una *Junta Transitoria, Calificadora y Designadora*. Este mecanismo sin embargo vulnera la Constitución, toda vez que ella establece una reserva material a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura para la selección y designación de jueces y vocales, sin hacer excepción alguna. Por lo demás, la conformación de dicha Junta por representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar que forma parte del Poder Ejecutivo, vulnera el principio de separación de poderes, que impide

la injerencia directa o indirecta de cualquier poder del Estado en la función jurisdiccional.

15. La Ley Nº 28665 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. Por lo demás, con ello también se 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. Ciertamente sin que exista ninguna consideración objetiva, razonable y proporcionada que justifique esta limitación.

16. La Ley Nº 28665 vulnera la configuración constitucional del Ministerio Público, al diseñar un cuerpo de fiscales penales militares policiales que no dependen del Fiscal de la Nación sino de un Fiscal Supremo Penal Militar. Con ello se vulnera la posición constitucional de la Fiscal de la Nación como máxima autoridad de este órgano constitucional autónomo. A su vez, se crea, en estricto, un cuerpo fiscal nominalmente insertado en el ministerio Público y distinto al establecido por la Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público, fórmula que no se encuentra autorizada por la Constitución.

17. Por lo demás, este cuerpo de fiscales, está conformado por oficiales en actividad, salvo los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales y los que actúan en el ámbito del control interno. Dichos oficiales están sometidos al sistema de grados militares y deben contar necesariamente con formación jurídico militar. Se rata en síntesis de funcionarios militares y policiales pertenecientes a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, a los que se les encomiendan el ejercicio de las funciones fiscales. De este modo se vulnera la autonomía constitucional del Ministerio Público.

18. El Decreto Legislativo Nº 961 que aprueba el Código de Justicia Militar, incurre en vicios de inconstitucionalidad al no tipificar de manera diferenciada los delitos de función militar y los de función policial. De este modo, al considerar como sujetos pasivos de un mismo tipo penal a militares y policías, penaliza a estos últimos por hechos respecto de los cuales no tienen ningún deber funcional, toda vez que la Constitución les asigna funciones diferentes. Al mismo tiempo, contempla tipos penales que no califican como delitos de función, toda vez que protegen bienes jurídicos comunes y ya se encuentran tipificados en el Código Penal.

19. También resulta cuestionable la constitucionalidad del Decreto Legislativo Nº 961, en la medida que tipifica los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, cuando esta labor no le fue delegada de manera expresa al Poder Ejecutivo, toda vez que la Ley Nº 27837 reservó dicha materia para el trabajo de la Comisión Especial Revisora del Código Penal. La tipificación como delitos de función militar y policial, conductas que por su escasa

lesividad no alcanzan una entidad tal para ser calificados como injustos penales, constituye otro vicio de inconstitucionalidad en el que incurre el Código de Justicia Militar.

XII. RECOMENDACIONES

1. Recomendar a la Comisión de Constitución y Reglamento, así como a la Comisión de Justicia del Congreso de la República:

1.1. Revisar la Ley Nº 28665 y el Decreto Legislativo Nº 961, a efectos de adecuar dicha legislación a los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional, conforme a las consideraciones desarrolladas en el presente informe.

1.2. Dicha revisión debe tener en cuenta la necesidad de una reforma integral y sistemática de la jurisdicción castrense y policial. Ello supone seguir una metodología determinada, guiada por criterios de racionalidad y exigencias de técnica normativa, conforme al siguiente orden:

a) Retomar la discusión sobre la reforma constitucional a efectos de corregir los problemas de sistemática que presente la Carta en materia de jurisdicción militar policial.

b) Paralelamente a lo anterior y sin perjuicio de que se verifique o no tal discusión, resulta imprescindible depurar el catálogo de delitos del Código de Justicia Militar aprobado a través del Decreto Legislativo Nº 961, a partir de la definición constitucional del delito de función. Esto permitirá:

(i) Excluir aquellas conductas que en estricto califican como delitos comunes.
(ii) Excluir aquellas conductas cuya entidad lesiva no alcanza para configurar un injusto penal sino simplemente disciplinario.
(iii) Configurar un Derecho Disciplinario Militar que sea eficaz y cuente con los controles jurisdiccionales del caso.
(iv) Valorar la necesidad de contar con un Código de Justicia Militar, con una ley especial o incorporar el Código Penal como delitos cometidos por funcionarios públicos castrenses, los delitos de función.

c) Sólo una vez definido lo anterior, resulta pertinente indagar o discutir acerca de la necesidad de contar o no con una organización jurisdiccional distinta del Poder Judicial, una especialidad jurisdiccional integrada al mismo o unida en el vértice. Similar consideración resulta aplicable para el caso de la definición de los esquemas procesales adecuados para juzgar los delitos de función.

1.3. Convocar para esta tarea, la participación amplia de las distintas entidades públicas concernidas, de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan esta problemática, las universidades con facultades Derecho, así como académicos que han realizado aportes significativos al respecto. Se trata en definitiva de un proceso que permita una discusión pública sobre la reforma de la justicia castrense.

2. Recomendar al Consejo Supremo de Justicia Militar y a la Justicia Militar en general

2.1. Tener presente que en el Estado constitucional, todos los poderes públicos se encuentran sometidos a la Constitución y a las interpretaciones que de ella realice el Tribunal Constitucional.

2.2. Cumplir con la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado con relación al contenido del delito de función. En esa medida, teniendo en cuenta dicho concepto y mientras se encuentre vigente el Código de Justicia Militar aprobado a través del Decreto Legislativo Nº 961, inaplicar en virtud del control difuso de constitucionalidad previsto en el artículo 138º de la Constitución, aquellos artículos que tipifiquen conductas que no califiquen como delitos militares o policiales.

2.3. Archivar y remitir a la justicia ordinaria, todos aquellos procesos en trámite en los que se estuvieren juzgando conductas que no califican como delito de función, de acuerdo a la definición establecida por el Tribunal Constitucional.

2.4. Abstener de promover contiendas de competencia con la justicia ordinaria, en casos de violaciones de derechos humanos, toda vez que no se trata de delitos de función, conforme a la definición del Tribunal Constitucional.

3. Recomendar el Poder Judicial

3.1. Tener en cuenta que desarrollando el concepto constitucional del delito función establecido por el Tribunal Constitucional, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido con carácter vinculante conforme al numeral 1) del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, los componentes de esta categoría de delitos, desde el Derecho Penal. Así, dicho colegiado ha calificado a los delitos de función como de *infracción de deber*.

3.2. Tener en cuenta lo anterior en el caso del conocimiento de procesos de hábeas corpus contra resoluciones de la justicia castrense que pretendan conocer procesos penales donde se juzgan conductas que no califican como delitos de función de acuerdo a lo establecido por el Tribunal Constitucional y la referida definición vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En esa medida, de declararse fundada la demanda de hábeas corpus, valorar la aplicación del

artículo 8º del Código Procesal Constitucional, a efectos de establecer la eventual responsabilidad penal del agresor.

4. Al Tribunal Constitucional

4.1. Tener en cuenta las consideraciones desarrolladas en el presente informe defensorial, al momento de resolver las demandas de inconstitucionalidad planteadas contra la Ley Nº 28665.

Lima, abril de 2006