

**LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTENIDO MATERIAL
DEL DELITO DE FUNCIÓN**

César San Martín Castro
Fidel Mendoza Llamacponcca

Sumario: **I.** Introducción **II.** La jurisdicción militar antes de la reforma diseñada por el DLeg N. 961 y la Ley N. 28665 **1.** Aspectos histórico - legislativos de la Justicia militar peruana **2.** Del Código de Justicia Militar y la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1980. Su declaratoria de inconstitucionalidad **III.** La reforma postulada por el DLeg N. 961 y la Ley N. 28665 de 2006 **1.** La declaratoria de inconstitucionalidad de la legislación de reforma **2.** La declaratoria parcial de inconstitucionalidad de la Ley N. 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial) **3.** Garantías procesales afectadas con la promulgación de la Ley N. 28665 **A.** La unidad jurisdiccional **B.** La exclusividad jurisdiccional **C.** La independencia judicial **D.** La imparcialidad judicial **4.** La declaratoria parcial de inconstitucionalidad del DLeg N. 961 (CJMP) **A.** Rebelión, sedición y derrotismo **B.** Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario **C.** Delitos

de insulto al superior, coacción, injuria y difamación
D. Delitos contra la administración militar policial
E. Delitos de excesos en la facultad de mando **IV.** Hacia una delimitación del contenido material del delito de función **1.** Cuestionamientos al criterio de *rationae personae* **2.** Del criterio de *rationae loci* **3.** Del criterio de ocasionalidad **4.** Del criterio formal o legalista **5.** Toma de postura **A.** Sobre el objeto protegido **B.** Sobre su preestablecimiento legal **C.** Sobre el círculo de autores **D.** Sobre la situación de actividad del agente militar policial **E.** Sobre las circunstancias externas del hecho **V.** De la promulgación de la Ley de Organización y Funciones del Fiero Militar Policial (Ley N. 29182) y la «rebeldía legislativa» del Congreso de la República **VI.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma de la justicia militar policial ha obedecido a la urgente democratización del juzgamiento penal, a nivel de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, a la necesidad de que esta se ajuste a los principios y garantías de un Estado constitucional de derecho y sea respetuosa de las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos ha asumido el Estado peruano.

Para ello, la reforma ha sido promovida —aun cuando se encuentren pendientes sus resultados— en todos los niveles del poder estatal, los organismos autónomos y la sociedad civil. Ha sido de fundamental importancia el esfuerzo dirigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el recto cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas por el Perú de cara a la salvaguarda de los derechos fundamentales puestos en riesgo a nivel del procesamiento por los tribunales militares. En tal sentido, se ha canalizado el deber de garantía estatal asumido por el Perú ante la comunidad internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, a través de la aceptación por nuestros tribunales de diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recogiendo su doctrina jurisprudencial sobre asuntos de justicia militar policial, tanto a nivel de la jurisdicción ordinaria como por el propio TC.

Ahora bien, a pesar de los denodados esfuerzos por lograr el éxito de la reforma de la justicia militar policial, esta todavía se encuentra pendiente, ya que el legislador no ha tenido un auténtico espíritu de reforma que canalice las directrices ya diseñadas por el TC y la CIDH en materia de garantías jurisdiccionales

y derechos fundamentales. Los mismos que, a nivel del procesamiento por la jurisdicción especializada en lo penal militar, todavía reclaman su salvaguarda legal con el objeto de que esta se ajuste a los principios que un Estado de derecho impone.

Esta falta de compromiso legislativo para la dación de una legítima reforma legal en materia de justicia militar ha tenido su más reciente manifestación en la promulgación de la Ley N. 29182 (nueva Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial) del 11 de enero de 2008, a través de la cual se ha reincidido en diseñar un inconstitucional esquema de organización y funciones de los órganos que habrían de asumir competencia para el juzgamiento de los delitos de función. Esto en evidente colisión con parámetros constitucionales ya establecidos en su oportunidad por el TC. Ahora bien, pese a que a la fecha no existe una sentencia de inconstitucionalidad que expulse del ordenamiento jurídico la citada ley, es previsible que se dé dicha declaratoria, toda vez que el Poder Legislativo no ha cumplido con rectitud su deber constitucional de legislar en una materia en la que existe sentencia del TC en calidad de cosa juzgada. Así mismo, dicho mandato tampoco ha sido obedecido por el Poder Ejecutivo, al promulgar dicha ley claramente inconstitucional. De esta manera, ambos poderes han incurrido en lo que el Tribunal ha denominado «situación de rebeldía legislativa»¹.

La citada ley repite diversas cuestiones que ya han sido declaradas inconstitucionales por el TC², las mismas que, en su oportunidad, fueron ilegítimamente previstas por la Ley N. 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial del 07 de enero de 2006. Se trata, entre otros aspectos de discutible constitucionalidad, de la manifiesta afectación de los principios de la función jurisdiccional de independencia e imparcialidad judicial y de la unidad y exclusividad en la función jurisdiccional; así como la conformación de un Tribunal Supremo Militar Policial constituido por vocales supremos procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial en situación de actividad, el nombramiento de los citados vocales supremos por el Presidente de la República, la conducción del juzgamiento y la composición de los órganos fiscales por oficiales en situación de actividad, la creación de un Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial independiente de la OCMA.

Frente al panorama de una inconclusa reforma de la justicia militar, las siguientes reflexiones tienen por objeto establecer el estado de la cuestión referente a los aportes para su desarrollo. Se toma como punto de partida el análisis y

1 STC 01605-2008-PHC/TC, del 11 de enero de 2008.

2 En sus sentencias recaídas sobre las causas N. 0004-2006-AI/TC, 0006-2006-AI/TC y 0012-2006-AI/TC, y con antelación las causas N. 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC.

cuestionamiento de las sentencias de inconstitucionalidad que en la materia ha emitido el TC. Además, se presentarán los casos más resaltantes resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a la materia. Para ello presentaremos brevemente el marco histórico-legislativo de la justicia militar peruana con referencia a nuestro análisis de los recientes esfuerzos del TC sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N. 29182 y el DLeg N. 961 (CJMP). En seguida, analizaremos las garantías procesales y materiales afectadas por la citada legislación de reforma. Finalmente, desarrollaremos algunos criterios rectores que permitan fundamentar y delimitar el contenido material del delito de función, los cuales han sido establecidos como precedente vinculante por la Corte Suprema de Justicia³, en concordancia con la jurisprudencia establecida por la CIDH y el TC.

II. LA JURISDICCIÓN MILITAR ANTES DE LA REFORMA DISEÑADA POR EL DLEG N. 961 Y LA LEY N. 28665

1. Aspectos histórico - legislativos de la Justicia militar peruana

La Constitución de 1834, promulgada durante el gobierno interino del Mariscal Luis José Orbegoso y Moncada, fue la primera Constitución que estableció una referencia expresa a la jurisdicción militar. En su art. 110 calificaba como «especial» el ejercicio de jurisdicción por parte de los tribunales militares. Esta norma previó una estructura del órgano de procesamiento militar y señaló que: «habrá un Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de vocales y un fiscal nombrados por el Congreso [...] La ley determinará los lugares donde deban establecerse estos tribunales especiales, el número de sus vocales, y sus respectivas atribuciones». Las Constituciones posteriores de 1839 (gobierno del Mariscal Agustín Gamarra), 1856 y de 1860 (primer y segundo gobierno del Mariscal Ramón Castilla) no hicieron referencia concreta a las funciones que habría de desempeñar la jurisdicción castrense. No obstante esto, funcionó fluidamente⁴. Esta evolución legislativa de inicios de la República tuvo como principales derroteros: primero, la numerosa legislación de reforma de la jurisdicción militar heredada de la colonia, promulgada durante los primeros años de la declaratoria de independencia; segundo, la Ley promulgada en mayo de 1865 que aprobó el «Código Militar peruano» durante el gobierno del Gral. Juan Antonio Pezet, pero que no entró en vigencia por la revolución nacionalista que encabezó desde Arequipa el Gral.

3 Resolución de Competencia N. 18-2004, del 17/12/04, fundamentos jurídicos 3, 5, 6 y 7.

4 San Martín Castro 2002: 105.

Mariano Ignacio Prado, la cual depuso a Pezet; y, tercero, la aprobación del primer Código de Justicia Militar, mediante Ley del 20 de diciembre de 1898. Este primer Código de Justicia Militar fue promulgado durante el gobierno de Nicolás de Piérola y tuvo como fuente de origen la reorganización del Ejército peruano, destinada a reestructurarlo y tecnificarlo⁵, a cargo de una misión francesa presidida por el Crnel. Pablo Clement.

Posteriormente, fueron promulgados el Código de Justicia Militar de 1939 (Ley N. 8991 del 16 de octubre de 1939, durante el gobierno del Gral. Óscar R. Benavides), el Código de Justicia Militar de 1950 (DL N. 11380 del 29 de mayo de 1950, durante el gobierno del Gral. Manuel A. Odria), la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1963 y el Código de Justicia Militar de 1963 (DL N. 14612 y DL N. 14613, respectivamente, ambos del 25 de julio de 1963, durante el gobierno del Gral. Nicolás Lindley López). Luego de las sucesivas daciones de estas leyes y Códigos en materia de justicia militar, fue durante el saliente gobierno del Gral. Francisco Morales Bermudes que se promulgó la Ley Orgánica de Justicia Militar (DL N. 23201, del 19 de julio de 1980) y el Código de Justicia Militar (DL N. 23214, del 24 de julio de 1980) fueron dictados por el gobierno del Gral. Francisco Morales Bermudes. Finalmente, mediante DL N. 26677 (del 07 de octubre de 1996), se estableció un procedimiento sumario de juzgamiento que modificó el cuerpo normativo del CJM⁶.

2. Del Código de Justicia Militar y la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1980. Su declaratoria de inconstitucionalidad

El modelo de justicia militar que fue establecido en el CJM (DL N. 23214), la Ley Orgánica de Justicia Militar (DL N. 23201) y la Ley N. 24150 reguladora de la actuación de las Fuerzas Armadas durante los Estados de emergencia (Ley), tenían como principales características: a) la afectación manifiesta de derechos fundamentales de contenido procesal mediante el recorte de garantías personales y la vulneración de principios de la función jurisdiccional; b) la dependencia orgánica de la jurisdicción militar del Poder Ejecutivo; c) la falta de claridad en el establecimiento de un concepto material de delito de función como único comportamiento militar o policial objeto de procesamiento por la jurisdicción militar; d) la extensión del ámbito castrense al juzgamiento de civiles por la comisión de delitos traición a la patria y terrorismo y/o por la simple afectación de intereses

5 Pereira Chumbe 2002: 365; Doig Díaz 2002: 43.

6 Eto Cruz 1997: 359. Asimismo, Donayre Montesinos 2006: 68 s. Sobre la evolución legislativa de la justicia militar en el Perú, Pereira Chumbe 2002: 358 y ss.

militares; e) la conformación de los tribunales de juzgamiento por militares en situación de actividad, dependiendo funcionalmente del Ejecutivo; f) la estructura y desarrollo de un proceso de corte inquisitivo⁷; g) la falta de cumplimiento del principio de independencia y objetividad del Ministerio Público⁸.

Dicho modelo fue cuestionado por las demandas de inconstitucionalidad contra el DL N. 23214, el DL N. 23201 y la Ley N. 24150, formuladas por la Defensoría del Pueblo. Estas demandas dieron lugar a la emisión de las sentencias de inconstitucionalidad recaídas sobre los Exp. N. 0017-2003-AI/TC (del 16/03/04) y Exp. N. 0023-2003-AI/TC (del 09/06/04), mediante las cuales el TC las declaró fundadas en parte y exhortó al Parlamento para que en un plazo de 12 meses apruebe y dicte un nuevo marco legislativo de la justicia militar. El Parlamento dictó la Ley N. 28665, publicada el 7 de enero de 2006 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial), mientras que con fecha 11 de enero del mismo año se publicó el DLeg N. 961, denominado CJMP.

III. LA REFORMA POSTULADA POR EL DLEG N. 961 Y LA LEY N. 28665 DEL 2006

Las sentencias que declararon parcialmente fundadas en parte las demandas de inconstitucionalidad formuladas por la Defensoría del Pueblo fijaron un mandato al Poder Legislativo a fin de que dicte el marco normativo que supla la inconstitucional legislación penal militar. El TC —en un primer momento— fijó 12 meses de plazo, desde la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad (30 de octubre de 2004). Sin embargo, el 4 de noviembre de 2004, el mismo tribunal emitió una resolución aclarativa⁹, a la demanda de la procuraduría encargada de los asuntos judiciales de la justicia militar. Dicha resolución fue publicada el 7 de enero de 2005. Sobre la base de una cuestionada interpretación¹⁰, el TC, mediante oficio, comunicó al Congreso de la República que el plazo para la emisión de la reforma legislativa vencía el 7 de enero de 2006. La Ley N. 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial) fue publicada el 7 de enero de 2006 y el DLeg N. 961, el 11 de enero del mismo año.

7 Asencio Mellado 2002: 69.

8 Defensoría del Pueblo 2006: 9 s.

9 STC N. 0023-2003-AI/TC, resolución aclarativa del 04/11/04.

10 Lovatón Palacios 2007: 52-53; Donayre Montesinos 2006: 76.

1. La declaratoria de inconstitucionalidad de la legislación de reforma

Frente a dicha situación, las instituciones más reconocidas del país postularon de manera unánime la inconstitucionalidad de la Ley y del DLeg mencionados. Así, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Colegio de Abogados de Lima, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía de la Nación y la Sociedad civil se pronunciaron sobre la ausencia de un verdadero espíritu de reforma del legislador en materia penal militar¹¹. Fue precisamente en dicho contexto que la Fiscalía de la Nación formuló su demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley N. 28665. Mediante la sentencia recaída sobre el Exp. N. 0004-2006-PI/TC (del 29/03/06), el TC declaró la inconstitucionalidad parcial de dicha ley.

Con su nueva sentencia, el TC mantuvo su línea jurisprudencial ya consolidada, conforme a la cual resolvió los expedientes de inconstitucionalidad N. 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC. Insistió en el criterio constitucional de que los militares en situación de actividad no podían asumir funciones jurisdiccionales, ni a nivel del Poder Judicial ni a del Ministerio Público, por cuanto sus labores dependerían en concreto del Poder Ejecutivo y no del Poder Judicial¹². Asimismo, rechazó la limitación que se pretendía ejercer sobre el Consejo Nacional de la Magistratura para la selección de jueces y fiscales militares. Declaro también inconstitucional la atribución de la justicia militar de resolver acciones de garantía formuladas a nivel del procesamiento por delitos de función. Así, rechazó, igualmente, la pretendida excepción de autonomía de la Fiscalía Militar Policial respecto del Ministerio Público¹³.

Con posterioridad al recurso de la Fiscalía de la Nación, el Colegio de Abogados de Lima interpuso una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N. 28665. La que fue declarada fundada en parte, mediante sentencia recaída sobre el Exp. N. 0006-2006-PI/TC (del 13/06/06). Siguiendo el tenor de lo resuelto en la sentencia dictada en el Exp. N. 0004-2006-PI/TC, el TC reiteró que la Ley N. 28665 infringía principios elementales de un Estado de derecho, lo que resultaba evidente por el ejercicio de jurisdicción militar por magistrados militares policiales en servicio. Además, subrayó la inconstitucionalidad de las funciones atribuidas a una Academia de la Magistratura Militar Policial para la capacitación de jueces y fiscales en lo militar policial. También confirmó el desarrollo jurisprudencial

11 Pereira Chumbe 2002: 401 s.

12 Doig Díaz 2002: 32.

13 Donayre Montesinos 2006: 79.

alcanzado en materia de garantías procesales afectadas por la dación de normas manifiestamente inconstitucionales.

Finalmente, el Colegio de Abogados de Lima interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el DLeg N. 961, llamado CJMP. En la sentencia N. 00012-2006-AI/TC (del 15/12/06), se declaró fundada en parte la demanda y, consecuentemente, fue declarado inconstitucional un grupo de disposiciones contenidas en dicho DLeg.

2. La declaratoria parcial de inconstitucionalidad de la Ley N. 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial)

La inconstitucionalidad de varios de los artículos de la Ley N. 28665 fue declarada por tratarse de una regulación abiertamente incompatible con la jurisprudencia establecida por el TC (en las sentencias recaídas en los expedientes N. 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC) y por violar las obligaciones internacionales que, en cuanto a derechos humanos, había asumido el Estado peruano.

Las sentencias de inconstitucionalidad referidas afirmaban también la incompatibilidad de la citada legislación militar respecto a las garantías procesales de la función jurisdiccional, previstas en la Constitución, de la unidad, la exclusividad, la independencia e imparcialidad judicial. Asimismo, cuestionó todo el aparato orgánico que dicha legislación postulaba, por ejemplo, con el establecimiento de un órgano distinto a la Academia de la Magistratura en la selección de jueces y fiscales en lo penal militar policial. Así mismo, reiteró la absoluta incompatibilidad de la condición de militar o policía en situación de actividad con la vigencia del principio de independencia e imparcialidad judicial. Finalmente, dejó esclarecida la prohibición de que exista un Ministerio Público en lo Penal Militar como una excepción de la autonomía de dicho ministerio y declaró que toda Fiscalía fuera del Ministerio Público vulnera la autonomía de esta consagrada en el art. 158 Const.¹⁴.

14 Entre otros aspectos fundamentales, se declaró también inconstitucional el art. 9 inc. 6 de la Ley N. 28665, que establecía que la «creada» Sala Suprema Militar Policial tenía entre otras funciones la competencia para la resolución de las cuestiones de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar policial, para el juzgamiento por la comisión de presuntos delitos de función. Sin embargo, como sostuvo el TC, aquello era inconstitucional porque dicha función constituye competencia material únicamente realizable por la jurisdicción ordinaria y no por la justicia militar. Asimismo, señaló que era inadmisibles que sea la justicia militar quien vaya a dirimir aquellas contiendas en las que se discuta precisamente la competencia de la justicia militar para conocer de los delitos de función. Expresamente señaló: «Determinar la competencia

Los aspectos medulares de la sentencia de inconstitucionalidad referida a la Ley N. 28665, precisamente, se dirigieron a declarar la plena vigencia de los principios de la función jurisdiccional de unidad y exclusividad, así como las garantías judiciales de imparcialidad e independencia, además señaló que son absolutamente vinculantes para la justicia militar, en su condición de especialidad de la potestad jurisdiccional del Estado¹⁵.

3. Garantías procesales afectadas con la promulgación de la Ley N. 28665

A. La unidad jurisdiccional

La potestad jurisdiccional, siguiendo a Montero Aroca, está determinada constitucionalmente por tres principios fundamentales: la unidad jurisdiccional, su exclusividad y la necesidad del juez predeterminado por ley¹⁶. Así, conforme establece la Constitución Política en sus arts. 138 y 139 inc. 1, la unidad de la jurisdicción es un principio de la función jurisdiccional según el cual el Poder Judicial es el poder estatal constitucionalmente legitimado para la administrar justicia, a través de sus órganos jerárquicos y diferenciados¹⁷. Por ello, al ser la jurisdicción una potestad emanada de la soberanía popular, esta es única¹⁸. Su ejercicio no depende de un único órgano sino de un poder estructural del Estado, el Poder Judicial. Lo que es, por tanto, consecuencia del principio de división de poderes¹⁹.

En la sentencia recaída en el Exp. N. 017-2003-AI/TC, el TC señaló que el principio de unidad de la función jurisdiccional:

se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según esta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes ha de estar confiada a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado Poder Judicial²⁰.

en aquellos casos en los que exista duda respecto de la jurisdicción que debe conocer un delito de función es una competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, que tiene su fundamento en el principio de imparcialidad judicial, estrechamente vinculado con el principio de independencia judicial previsto en el art. 139, inciso 2, de la Constitución». Cfr. STC N.0004-2006-PI/TC, del 29/03/06, fundamentos jurídicos 45-46.

15 San Martín Castro 2002: 117; Doig Díaz 2002: 54. Donayre Montesinos 2008: 506; Lovatón Palacios 2007: 86 s.

16 Montero Aroca 2000: 80 s.

17 García Belaúnde 1997: 122.

18 Gómez Colomer 2004: 117.

19 Álvarez Conde 2000: 245.

20 STC N. 0017-2003-AI/TC, del 16/03/04, fundamento jurídico 113.

Ahora bien, la unidad de la jurisdicción constituye una negación de la idea de fragmentariedad de la potestad de resolver conflictos jurídicos interindividuales, por lo que es constitucionalmente exigible el aseguramiento de la individualidad y unidad de dicho atributo soberano a favor del Poder Judicial. Sin embargo, debe precisarse que el principio de unidad no obsta a que puedan establecerse, incluso al interior del Poder Judicial, juzgados especializados. La Constitución prevé como tales la justicia militar y la arbitral. Los cuales deben estar sujetos a las garantías y límites constitucionales previstos para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Por tanto, si bien el carácter unitario de la función jurisdiccional no implica la inexistencia constitucional de especialidades jurisdiccionales, como la militar, el Poder jurisdiccional es uno solo. En ese sentido, señala Doig Díaz: «estas especialidades no tienen por qué considerarse como excepciones a la unidad jurisdiccional. Puede entenderse que la jurisdicción militar y la arbitral son especialidades sobre la que también debe tener presencia la unidad jurisdiccional con sus principios»²¹. En efecto, la justicia militar no constituye, pues, una excepción al principio constitucional de unidad jurisdiccional, sino antes bien una especialidad de esta. Por tanto, le es absolutamente vinculante el pleno respeto a los principios jurisdiccionales de unidad, exclusividad e independencia.

Sobre esta base, el TC²² ha declarado la incompatibilidad del art. 8 de la Ley N. 28665²³ con el principio de unidad jurisdiccional, por cuanto según este dispositivo la creada Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia debería de someterse no solo a lo establecido en la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino también a un régimen especial distinto «en aplicación del principio de primacía de la norma específica»²⁴. Dicho criterio ha sido declarado inconstitucional en el sentido que:

se vulnera el principio de unidad de la función jurisdiccional cuando se crea un estatuto jurídico especial (Ley 28665) que establece reglas básicas de organización y funcionamiento de un órgano jurisdiccional (la Sala Suprema Penal Militar Policial), que pese a pertenecer al Poder Judicial, no se encuentra vinculado a las reglas básicas de organización y funcionamiento establecidas

21 Doig Díaz 2002: 54. De acuerdo con nuestra comprensión, Donayre Montesinos 2008: 506.

22 Mediante sentencia recaída en el Exp. N. 0004-2006-PI/TC.

23 Art. 8 de la Ley N. 28665: «La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Militar Policial, sujeta la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y a las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica».

24 Donayre Montesinos 2008: 502 s.

en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello no implica que el Legislador no pueda efectuar reformas o cambiar incluso en su totalidad la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que no deba hacer coexistir dos o más estatutos jurídicos que contengan las reglas básicas de organización y funcionamiento del Poder Judicial, así como el régimen jurídico de sus magistrados²⁵.

Por tanto, conforme la declaratoria de inconstitucionalidad, no puede considerarse respetuoso del principio de unidad jurisdiccional que, al interior del Poder Judicial (concretamente de la Corte Suprema), se postule la existencia de diferentes regímenes jurídicos de organización y de tratamiento de sus integrantes. Más aún, de que se disponga la aplicación de las normas de la Ley N. 28665 al ejercicio de funciones de la Sala Suprema Penal de Justicia Militar Policial, aun al margen de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Asimismo, por idénticas razones se declaró inconstitucional la 4ª Disposición modificatoria y derogatoria de la Ley 28665, en cuanto comportaba la modificación del art. 30 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al establecer en un párrafo adicional que «el trabajo jurisdiccional en materia penal militar policial es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial, cuya conformación y Presidencia se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial». Esta modificación del estatuto orgánico del Poder Judicial no tenía el objeto de fijar la manera cómo debería conformarse una de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (la Sala Suprema Penal Militar Policial), sino la finalidad de establecer que esto será regulado en un estatuto jurídico especial ajeno a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, no hay razones motivadas para justificar que al interior de la Corte Suprema existan dos estatutos distintos para conformar su organización básica, ya que la única diferencia existente entre una Sala Suprema Penal y una Sala Suprema Penal Militar-Policial es que esta conoce los delitos de la función militar.

B. La exclusividad jurisdiccional

Este principio constitucional obedece al postulado de que la jurisdicción se ejerce exclusiva y excluyentemente por el Poder Judicial, sin que pueda ser ejercida válidamente por ningún otro poder del Estado, Tribunales ad hoc o «fueros especiales»²⁶. Se alude, pues, al monopolio del Estado para atribuir jurisdicción sobre determinados tribunales y juzgados, esto es, la solución de los conflictos jurídicos

25 STC N. 0004-2006-PI/TC, del 29/03/06, fundamento jurídico 35.

26 Montero Aroca 2000: 95 ss.

más relevantes ha de estar confiada a un único cuerpo de magistrados organizados por instancias e independientes entre sí, denominado Poder Judicial²⁷. Por tanto, de acuerdo con este principio en su vertiente positiva, el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional del Estado de manera exclusiva y excluyente, sin que algún otro poder público se encuentre legitimado para avocarse al ejercicio de dicha función, no pudiéndose establecer ninguna jurisdicción independiente²⁸ o excepcional. Ahora bien, el principio de exclusividad de la función jurisdiccional debe concordarse con el tratamiento que constitucionalmente se le brinda a su ejercicio; porque, conforme establece el art. 139 Const., existen órganos a los que, por razones de especialidad, se les otorga competencia para el juzgamiento de determinadas personas ejecutoras de un específico ilícito penal, el delito de función. Sin embargo, no por ello debe concluirse que uno de dichos órganos debe ser ajeno y absolutamente independiente del Poder Judicial. Además, a través de su vertiente negativa se pone límites a la actuación de los órganos jurisdiccionales: su propia función y la que por ley se les atribuya. Los encargados de impartir la justicia no pueden ejercer función distinta de la jurisdiccional. El juez no puede compartir la función jurisdiccional con ninguna otra, su ejercicio es exclusivo²⁹.

Ambas vertientes de la garantía de exclusividad jurisdiccional se encuentran delineadas en la Constitución Política. En su vertiente positiva, se rechaza tanto que cualquier autoridad se avoque a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional como que pueda atribuirse la potestad jurisdiccional a órganos de excepción³⁰. En su vertiente negativa, se establece que la función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada³¹.

Sobre la incidencia del principio de exclusividad de la función jurisdiccional en el ámbito de actuación de la justicia militar, el TC ha señalado que:

27 Gómez Colomer 2004: 118.

28 En su vertiente positiva, la exclusividad jurisdiccional se traduce en que la resolución jurídica de los conflictos es una potestad que solo puede ser ejercida por la judicatura, mas no por órganos pertenecientes o adscritos al Poder Legislativo o Poder Ejecutivo. Al respecto, señala Yolanda Doig: «en su sentido amplio, esta garantía impide y prohíbe que el legislador pueda atribuir la potestad jurisdiccional al poder ejecutivo o al propio poder legislativo», Cfr. DOIG DÍAZ 2002: 55.

29 Doig Díaz 2002: 55.

30 Art. 139 incs. 1 y 2 de la Constitución: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral... 2) Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional».

31 Art. 146: «La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria».

a) [...] En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, la vertiente negativa implica que los jueces militares no pueden desempeñar ninguna otra función que no sea la jurisdiccional para el conocimiento de materias como los delitos de la función (salvo la docencia), es decir, no deben desempeñar ninguna función de carácter administrativo militar o de mando castrense. b) En su vertiente positiva [...] en el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el principio de exclusividad de la función jurisdiccional implica que solo los jueces de la jurisdicción especializada en lo militar podrán conocer los denominados «delitos de función militar»³².

Por tanto, el principio de exclusividad jurisdiccional, concretamente en su vertiente negativa, proscribía que los magistrados castrenses sean militares o policías en situación de actividad³³. Dicha situación es, por consiguiente, incompatible con lo establecido en diversas disposiciones de la Ley N. 28665, como los arts. 16 inc. 1³⁴, 24 inc. 2³⁵ y 31³⁶, razón por la que el TC declaró su inconstitucionalidad en el Pleno jurisdiccional N. 0004-2006-PI/TC (del 29/03/06). Es, en efecto, uno de los principales problemas de la justicia militar la atribución de potestad para el enjuiciamiento de militares, precisamente a militares en situación de actividad, en una estructura donde prima la subordinación y jerarquía³⁷.

32 STC N. 0004-2006-PI/TC, del 29/03/06, fundamento jurídico 15.

33 La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido ocasión de cuestionar la afectación del principio de exclusividad jurisdiccional, asimismo de independencia e imparcialidad, cuando a nivel de la justicia militar se han realizado juzgamientos por personal en situación de actividad. Así, en el caso *Durand Ugarte vs. Perú*, la Corte sostuvo que el Estado peruano violó los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, señalando en su fundamento jurídico N. 126: «Como ha quedado establecido, los “tribunales que conocieron los hechos relacionados con dichos sucesos constituyen un alto Organismo de los Institutos Armados” y los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial».

34 Art. 16 inc. 1 de la Ley N. 28665: «El Consejo Superior está conformado por diez (10) vocales superiores del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente en situación de actividad».

35 Art. 24 inc. 2 de la Ley N. 28665: «Cada Sala está conformada por tres (3) vocales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, con grado militar o policial de Coronel o equivalente en situación de actividad».

36 Art. 31 de la Ley N. 28665: «Los Jueces Penales Militares Policiales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, con grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente en situación de actividad».

37 De acuerdo, Doig Díaz 2002: 34. Conforme señala la referida autora, la exclusividad de la función jurisdiccional, en tanto garantía propia de la jurisdicción, debe extender su ámbito de aplicación sobre la justicia militar; lo cual supone el respeto por las dos vertientes de dicha

C. La independencia judicial

Este principio se encuentra recogido en el art. 139, inc. 2 Const. y establece que: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional [...] la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones». Por independencia judicial debe entenderse tanto la ausencia de sujeción jerárquica al interior de la organización judicial como la ausencia de sujeción política que pudiere afectar la actividad funcional del magistrado³⁸. Así mismo, este principio garantiza, por un lado, que el órgano judicial administre justicia con estricta sujeción al principio de separación de poderes (independencia orgánica) y, por otro, la operatividad de la actuación del magistrado, ajeno a injerencias sobre el criterio a desarrollar para la conducción y resolución de un conflicto (independencia funcional)³⁹.

Ahora bien, la independencia judicial por sí sola no es suficiente si no esta aparejada de mecanismos y garantías que protejan a todo magistrado de las influencias o interferencias provenientes del mismo Poder Judicial o de otros poderes del Estado⁴⁰. Estas garantías son —entre otras— la inamovilidad del cargo judicial, el derecho a no ser suspendido, trasladado ni jubilado sino por razón legal previamente establecida y previo procedimiento administrativo con todas las garantías⁴¹.

El TC, recogiendo los aportes doctrinales en este sentido, ha puesto énfasis en la dimensión externa e interna de este principio. Así, ha señalado:

Existe independencia externa, en la medida en que la autoridad judicial en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con esta. Asimismo, la independencia tiene una dimensión interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica que, dentro de la organización judicial la autoridad judicial no puede

garantía. Dicho criterio ya ha sido descrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*.

38 Pérez del Valle 2005: 24.

39 Requejo Pagés 1989: 164.

40 Doig Díaz 2002: 56.

41 Gómez Colomer 2004: 118.

sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio, y que la autoridad judicial no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

Por tanto, el principio de independencia judicial implica, en particular, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso⁴².

Sin embargo, conforme dispuso el art. 10⁴³ de la Ley 28665, en lo que se refiere a la conformación de la denominada Sala Suprema Penal Militar Policial, los integrantes de esta Sala Suprema «deberán provenir del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial». Además, el art. 12 inc. 3 establecía que: «para postular al cargo de Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial se requiere, necesariamente, formar parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial y ostentar el grado de General de Brigada o equivalente». Por lo que el TC declaró su inconstitucionalidad e indicó que se vulnera el principio de independencia de la función jurisdiccional:

toda vez que introducen en la Corte Suprema de Justicia de la República una Sala que va a estar compuesta, en parte, por oficiales en retiro nombrados por el CNM, realizado solo con los miembros provenientes de un organismo como el denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, y que van a tener incluso los mismos derechos que los Vocales de la Corte Suprema, pese a que su designación es de carácter temporal⁴⁴.

Asimismo, fue declarada inconstitucional la décimo cuarta Disposición transitoria de la Ley N. 28665, en razón a que preveía el vínculo remunerativo y beneficios laborales a favor del Ejecutivo, lo que contradecía el principio de independencia. Señaló el Tribunal que esta disposición viola dicho principio, al sostener:

que los oficiales de los cuerpos o servicios jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional que desempeñan sus labores en la jurisdicción especializada en lo penal militar continúan percibiendo las remuneraciones y beneficios establecidos en las respectivas instituciones castrense y policial, por lo que en definitiva

42 Montero Aroca 2000: 115.

43 Art. 10 de la Ley N. 28665: «La Sala Suprema Penal Militar Policial está integrada por cinco (5) vocales supremos; tres (3) con formación jurídico militar policial del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial».

44 STC N. 0004-2006-PI/TC, del 29/03/06, fundamento jurídico 40.

dependen del Poder Ejecutivo; y, en el segundo caso, que el Poder Ejecutivo se encargará de establecer un cronograma para la nivelación de los bonos de los magistrados que desempeñan sus labores en la jurisdicción militar con aquellos que perciben los jueces de la jurisdicción ordinaria y fiscales del Ministerio Público, toda vez que crea para la jurisdicción militar un vínculo de dependencia respecto del Poder Ejecutivo⁴⁵.

D. La imparcialidad judicial

La imparcialidad judicial es la garantía que permite la igualdad y limpia contienda procesal, en la medida en que permite al juez desempeñar un papel supra partes. Siguiendo a Pico i Junoy⁴⁶, es de afirmar que la imparcialidad tiene un doble componente: una vertiente subjetiva, que se refiere a la convicción personal del magistrado, respecto del caso concreto y a las partes, por tanto, se trata de evitar la natural parcialidad derivada de la relación del juez con las partes; y una vertiente objetiva que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso⁴⁷, así como de su relación orgánica y funcional con el mismo⁴⁸.

En el desarrollo de la garantía de imparcialidad, el TC de manera reiterada y consecuente sostiene⁴⁹ que mientras la garantía de independencia, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas, el principio de imparcialidad se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo. Imparcialidad que puede entenderse según dos acepciones: a) imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso; y b) imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, en caso que el sistema no ofrezca suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable⁵⁰.

Sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N. 28665, por infracción de la garantía de imparcialidad judicial, el TC dejó establecido que:

El juez militar no puede desempeñarse, a la vez, como oficial en actividad de las fuerzas armadas (ya sea oficial de armas u oficial del cuerpo o servicio jurídico),

45 STC N. 0006-2006-AI/TC, del 13/06/06, fundamento jurídico 17-E.

46 Pico i Junoy 1997: 133.

47 San Martín Castro 2003: 94 s.

48 Doig Díaz 2002: 58.

49 Lovatón Palacios 2007: 118.

50 STC N. 0023-2003-AI/TC, del 09/06/04, fundamento jurídico 17-E.

toda vez que la situación de actividad implica un nivel de pertenencia orgánica y funcional al respectivo instituto armado o policial y, en última instancia al Poder Ejecutivo, por lo que aquellas disposiciones legales que posibiliten que un juez militar se desempeñe al mismo tiempo como oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, vulneran el derecho fundamental a un juez independiente e imparcial⁵¹.

4. La declaratoria parcial de inconstitucionalidad del DLeg N. 961 (CJMP)

La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra el DLeg N. 961 (CJMP) tuvo acogida constitucional a través de la sentencia recaída sobre el Exp. N. 00012-2006-AI/TC (del 15/12/06). En ella se declaró la inconstitucionalidad de varios de los tipos legales previstos en la Parte Especial del citado Código⁵², por contradecir los principios de legalidad penal, de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos y de proporcionalidad en la tipificación de conductas penalmente relevantes.

A la luz de un análisis constitucional de los principios de legalidad penal, de exclusiva protección de bienes jurídicos y de proporcionalidad como límite a la tipificación de delitos de función, el TC controló la constitucionalidad de los diversos tipos penales en lo militar policial. Cabe resaltar de su declaratoria de inconstitucionalidad el análisis sobre los siguientes delitos:

A. Rebelión, sedición y derrocamiento

El Colegio de Abogados⁵³ cuestionó el carácter constitucional de los diversos artículos del Capítulo II (Delitos contra la seguridad interna) del Título I (Delitos contra la defensa nacional) de la Parte Especial del CJMP, por estimar que dicho

51 STC N. 0006-2006-AI/TC, del 13/06/06, fundamento jurídico 16.

52 Se declaró la inconstitucionalidad de varios tipos legales de la Parte Especial del CJMP (DLeg N. 961): los art. 68, 70 (incs. 1 y 4), 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 115, 116, 117, 125, 130 (inc. 1), 134, 139 (incs. 1 y 2), 140, 141° (incs. 1 y 2), 142, 143, 144, 147, 148 y 149, así como: el extremo del art. 75 que establece «y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado», el extremo del art. 82 que establece: «será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa», el extremo del primer párrafo del art. 121 que establece: «causándole lesiones leves», el extremo del inc. 1 del art. 121 que establece: «o si se causa lesiones graves al superior», el extremo del inc. 2 del art. 121 que establece: «o si se causa la muerte del superior», el extremo del art. 123 que establece: «coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior» y el extremo del inc. 2 del art. 130 que establece: «o causa la muerte».

53 STC N. 00012-2006-AI/TC, del 15/12/06, fundamentos jurídicos 50-61.

tipos legales «no pueden ser considerados delitos de función, pues los bienes jurídicos afectados son los poderes del Estado y el orden constitucional, es decir [...] el normal ejercicio del régimen establecido constitucionalmente [...] tratándose de delitos comunes ya previstos en los art. 346 y 350 del Código Penal».

Frente a dicho extremo de la demanda, el TC centró su atención en el art. 68 (delito de rebelión de personal militar policial), que en su inc. 1 establece «comete delito de rebelión el personal militar policial, que en forma colectiva, se alza en armas para: 1) Alterar o suprimir el régimen constitucional». Declaró su inconstitucionalidad e indicó que el citado tipo legal no es un delito de función, toda vez que «el régimen constitucional» no constituye un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, sino más bien, un bien jurídico de carácter estatal ya protegido por la ley penal material ordinaria (arts. 346 y 353 CP). Precisó, además, que la circunstancia de que el autor sea miembro de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, prevista en estas disposiciones, debe ser concordada con la agravante contenida en el art. 46-A del citado Código.

Finalmente, debido a que la ausencia de protección de un bien jurídico de carácter estrictamente castrense se evidencia, también, en los arts. 68, incs. 2, 3 y 4, 70 (delito de sedición), incs. 1 y 4, y en un extremo del art. 75⁵⁴ (delito de derrotismo) del CJMP, el TC los declaró inconstitucionales, por su manifiesta contravención del art. 173 Const.

B. Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario

Asimismo, el Colegio de Abogados cuestionó el carácter constitucional de diversos artículos del Título II (Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario) de la Parte Especial del CJMP. Al respecto, alegó que dichos tipos legales

no pueden ser considerados como delito de función, pues los bienes jurídicos afectados son las reglas mínimas de la guerra, las normas humanitarias que recoge el Derecho Internacional (que proscriben la realización de conductas que van más allá de las necesidades estrictamente militares y que violan clásicos bienes jurídicos como la vida, la integridad, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, etc.), en contexto de especial desprotección para las víctimas de la guerra, en el que la seguridad de sus bienes solo depende la vigencia de esas reglas mínimas que impone el Derecho Internacional Humanitario⁵⁵.

Como ha quedado establecido en los Convenios de Ginebra, Convenio I (relativo al alivio de la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas

54 Que establece: «y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado».

55 STC N. 00012-2006-AI/TC, del 15/12/06, fundamentos jurídicos 82-86.

Armadas en campaña), Convenio II (sobre el alivio de la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar), Convenio III (referente al trato debido a los prisioneros de guerra) y Convenio IV (concerniente a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra); así como el Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra, sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, ambos en vigor en el Perú desde el año 1990⁵⁶, el Derecho Internacional Humanitario constituye el derecho aplicable a los conflictos armados y que tiene como fin reglamentar la forma como se llevan a cabo las hostilidades, fundamentalmente para evitar que los conflictos alcancen un punto de no retorno.

Ahora bien, frente a los extremos de la demanda, el TC analizó la constitucionalidad del art. 90, inc. 1 CJMP (delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario), el cual establece que: «[e]l militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1) Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, será reprimido [...]». De su análisis, se pone en evidencia que el citado tipo penal no puede constituir un delito de función, ya que si bien se refiere a la sanción del militar o policía en situación de actividad que realiza un acto delictivo con ocasión de sus funciones de servicio, estrictamente no pretende proteger un bien jurídico de las Fuerzas armadas o la Policía nacional, sino el bien jurídico «vida». Pero aun cuando sea uno de los bienes jurídicos más importante, sin embargo no es propio del ámbito estrictamente castrense. Por tanto, el art. 90 no es comprendido por el art. 173 de la Constitución, por lo que el TC concluyó en inconstitucionalidad, al no tratarse de un delito de función.

Por idénticas razones, es decir, la tipificación de delitos que no son propios de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, tales como la integridad física y psíquica, la libertad sexual, la libertad de tránsito, el patrimonio, etc., el TC declaró inconstitucionales los arts. 90, incs. 2 al 9 (homicidio o lesiones como resultado cualificado), 92 (delito de lesión al enemigo fuera de combate), 93 (delito de confinación ilegal), 95 (delito de empleo de métodos prohibidos en las hostilidades), 96 (agravantes), 97 (delito de saqueo, destrucción, apropiación y confiscación de bienes), 98 (delito de abolición de derechos y acciones), 99 (delito contra operaciones humanitarias), 100 (delito de utilización indebida de signos protectores), 101 (delito de daños al medio natural), 102 (delito de empleo de medios prohibidos en las hostilidades) y 103 (sus formas agravadas) del CJMP.

56 STC N. 00012-2006-AI/TC, del 15/12/06, fundamento jurídico 72.

C Delitos de insulto al superior, coacción, injuria y difamación

El Colegio de Abogados cuestionó la constitucionalidad de diversos artículos del Título IV (Delitos contra la Integridad institucional) de la Parte Especial del CJMP. Consideró que «los bienes jurídicos afectados son la integridad física y el honor, que son intereses jurídicos que no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no. Asimismo, refiere que estos delitos “comunes” ya se encuentran previstos en los art. 121, 122, 130, 132, 365 y 366 del Código Penal»⁵⁷.

Entre otros aspectos, aquí el TC analizó el art. 121 CJMP, según el cual «[e]l militar o policía que agreda a un superior, en actos de servicio, causándole lesiones leves, será sancionado [...]».

De su análisis bien puede concluirse el incumplimiento del componente más importante del contenido material del delito de función, esto es, la protección de un bien jurídico de carácter estrictamente castrense, porque el núcleo de la conducta típica del militar o policía será la de «causar lesiones leves» al superior; es decir, se resguarda el bien jurídico común «integridad física». Por tanto, era previsible que dicho extremo del tipo legal citado sea considerado como inconstitucional, precisamente porque no se trata de un delito de función (art. 173 de la Constitución). Así mismo, por idénticas razones, en atención a la ausencia de un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, el TC declaró inconstitucionales los párrafos referidos a las lesiones o muerte causadas al superior, previstas en el art. 121 CJMP.

Respecto a lo previsto en el art. 123 del mismo Código, que señala que «el militar o policía que coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, en acto de servicio y que afecte gravemente la disciplina, será sancionado [...]», el TC, con todo acierto, precisó que el reproche penal de la conducta del militar radica (más allá de su actuación en el marco de las funciones militares policial) únicamente en la afectación del «honor» o «libertad personal» de un ciudadano, el mismo que se distingue solo por tratarse de un «superior» respecto del autor del ilícito. Por lo que consideró que dichos bienes jurídicos son comunes a todo ciudadano y no son propios de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional y que, por tanto, su protección ya se encuentra asegurada por el Código Penal. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de dicho artículo.

57 STC N. 00012-2006-AI/TC, del 15/12/06, fundamentos jurídicos 76-81.

D. Delitos contra la administración militar policial

Así mismo, el Tribunal cuestionó la constitucionalidad del art. 134 del CJMP (delito contra la Administración militar policial), según el cual:

El militar o policía que reciba indebidamente ventaja patrimonial, directa o indirectamente, imponga pagos, o acepte promesa de retribución, en beneficio propio o de terceros para hacer u omitir o retardar un acto propio de su función operativa del servicio o hacer un acto contrario a ella, en caso de operaciones militares o policiales, será sancionado [...] ⁵⁸.

Sin embargo, si se les analiza comparativamente con los delitos contra la Administración Pública previstos en el Código Penal, concretamente con los tipos penales de cohecho, concusiones, etc., ya se determina que su tipificación en el CJM es inconstitucional por violar el art. 173 de la Constitución. No se tratan de delitos de función, precisamente, porque no se trata de proteger un bien jurídico de carácter estrictamente castrense (que aquí no existe), sino el bien jurídico «rectitud en el ejercicio de la administración pública».

E. Delitos de excesos en la facultad de mando

En igual sentido, el Colegio de Abogados logró la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 139 CJMP (delito de exceso en la facultad de mando). Esta disposición establece que:

el militar o policía, que en el ejercicio de la función, se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, será sancionado [...] Si como consecuencia de los hechos que preceden, se causare: 1) Lesiones graves [...]; 2) Muerte.

Igualmente, del art. 140 (delito culposo de afectación en el ejercicio de grado, jerarquía o mando), conforme al cual «el militar o policía, que en acto de servicio, cause la muerte, lesiones o daños a un militar o policía, por negligencia profesional, imprudencia o impericia, será sancionado [...]».

Y, del art. 141 (delito de excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado), que establece: «El militar o policía que en acto de servicio militar o policial: 1) Veje o ultraje gravemente al subordinado; 2) Impida que el subordinado, presente, prosiga o retire recurso queja o reclamación».

58 STC N. 00012-2006-AI/TC, del 15/12/06, fundamentos jurídicos 82-86.

Las citadas normas, como bien reparó el TC⁵⁹, no presentan todos los requisitos propios a los delitos de función. Ya que, si bien pretenden sancionar la conducta del militar o policía en actividad, que en acto de servicio se excede en sus facultades de mando ordenando cometer actos arbitrarios (en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros), en realidad, se reprocha el causar lesiones graves o la muerte, esto es, se busca proteger bienes jurídicos (como la salud o integridad física o la vida) que no son propios de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional.

F. Delitos que afectan bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno

Aquí⁶⁰ fueron puestos en cuestión algunos tipos penales que pretendían reprimir atentados contra el patrimonio del Estado, ya previstos en el Código Penal. Así, por ejemplo, se declaró inconstitucional el art. 142 (delito de afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno) CJMP, el que se dispone que:

[I] militar o policía, que en el ejercicio de sus funciones: a) Dispone indebidamente, destruye, deteriora, abandona, se apropia ilícitamente o sustrae, total o parcialmente, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, será sancionado [...] En el caso de combustibles o carburantes, solo constituye delito cuando su valor sea superior a tres remuneraciones mínimas vitales. b) Defrauda al patrimonio destinado a la defensa nacional, participando de manera concertada, directa o indirectamente, en la contratación, operación, aprovisionamiento, servicios o concesión de armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, valiéndose de su condición o la función que cumple, será sancionado [...].

Fue correcta su declaratoria de inconstitucionalidad toda vez que dicho tipo legal encontraba perfecta respuesta represiva en los delitos de peculado, colusión, fraudes patrimoniales, daños, etc. Es decir, que con el tipo penal declarado como inconstitucional únicamente se pretendía proteger bienes jurídicos distintos a los que se protegen con el delito de función, por tanto, ajenos a ser un bien propio del ámbito estrictamente castrense. Por las mismas razones fueron declarados como inconstitucionales por el Tribunal los arts. 143 (delito de facilitamiento

59 STC N. 00012-2006-AI/TC, del 15/12/06, fundamentos jurídicos 87-91.

60 STC N. 00012-2006-AI/TC, del 15/12/06, fundamentos jurídicos 92-96.

culposo de apropiación de patrimonio de las fuerzas armadas) y el art. 144 (delito de avería o deterioro culposo en obras y arsenales) CJMP.

G. Delitos de certificación falsa y destrucción de documento militar policial

Así también, el Colegio de Abogados postuló⁶¹ la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 147 (delito de certificación falsa) CJMP. Según esta disposición,

El militar o policía que expida certificación falsa en razón de la función o profesión en provecho propio o de terceros, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien a obtener cargo, puesto o función o cualquier otra ventaja, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado [...].

Puede apreciarse, como lo hizo el TC en su STC N. 00012-2006-AI/TC, que el reproche de la conducta del militar o agente policial que actuó (por razones de su función o servicio) expidiendo una certificación falsa por aprovechamiento, en realidad no cumple con todos los elementos materiales que componen el contenido material del delito de función, ya que precisamente falta la protección de un bien jurídico estrictamente castrense. La fe pública (o más concretamente la funcionalidad del documento en el tráfico probatorio) ya se encuentra protegida por el Código Penal. La fe pública no es un bien jurídico institucional, propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, sino un bien jurídico colectivo que pretende asegurar las normales condiciones por las cuales el documento se hace funcional al tráfico probatorio. Por tanto, dicho dispositivo fue declarado inconstitucional, conjuntamente con el art. 149 del mismo Código, ya que en estricto no se trataba de delitos de función y era contrario a lo dispuesto en el art. 173 Const.

IV. HACIA LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO MATERIAL DEL DELITO DE FUNCIÓN

Mediante el análisis de la declaratoria de inconstitucionalidad de varios tipos legales del CJMP, se ha puesto en evidencia que la tipificación, en el CJMP, de un supuesto delito de función que no reúne ciertos elementos materiales, deviene en inconstitucional precisamente por no ajustarse a un recto desarrollo de lo previsto por el art. 173 Const. Por tanto, para la determinación del contenido material del delito de función (premisa fundamental para el procesamiento de agentes de las

61 STC N. 00012-2006-AI/TC, del 15/12/06, fundamentos jurídicos 97-101.

fuerzas armadas y policiales por la justicia militar), se debe diseñar un conjunto de criterios con los cuales el legislador pueda fundamentar y delimitar el contenido del delito de función, para evitar que no se sobrepase el marco constitucional que un Estado democrático de Derecho impone⁶².

Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia constitucionales en lo penal militar han diseñado un conjunto de criterios (de personalidad, de lugar, de ocasión, de pura legalidad) con los cuales han tratado de dotar de contenido al delito de función. Sin embargo, como quedará demostrado, tales criterios son por sí solos insuficientes o son manifiestamente inconstitucionales para determinar cuándo nos encontramos frente a un delito de este tipo. Por tanto, una correcta determinación del contenido material del delito de función permitirá, por un lado, una tipificación respetuosa de los parámetros que la Constitución impone y de los alcances ya diseñados por la CIDH, el TC e incluso por la Corte Suprema de Justicia; por otro, ella servirá, incluso para postular la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellos tipos legales que no se ajustan a dicha condición, tomándose partido por un criterio material de selección de conductas constitutivas de un delito de función.

1. Cuestionamientos al criterio de *rationae personae*

Conforme este criterio, denominado también criterio del «fuero personal»⁶³, la sola condición de militar o policía que tiene el agente o la víctima del delito constituye define al delito de función. En su versión más extrema, esto se presentaría aún al margen de la relevancia del bien jurídico afectado, del sujeto pasivo del delito o de las diversas formas de comisión del injusto⁶⁴.

El TC ha tenido oportunidad de cuestionar la constitucionalidad de dicho criterio. Así, señala que «la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine por la mera condición de militar o policía. Por tanto, la justicia castrense no constituye un ‘fuero personal’ conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un ‘fuero privativo’ centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional»⁶⁵. En efecto, la Justicia Militar no debe ser entendida como un «fuero personal» constituido a favor de los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Los fueros son instituciones que corresponden a una organización del poder estatal previo

62 Doig Díaz 2002: 29.

63 Azabache Caracciolo 1995: 156.

64 Defensoría del Pueblo 2003: 37 s.

65 STC N. 0017-2003-AI/TC, del 16/03/04, fundamento jurídico 129.

al Estado moderno, por tanto, anteriores al constitucionalismo. Se sustentan en una comprensión estamental de la sociedad, donde los derechos y obligaciones de las personas no se definen en función de su consideración como sujetos libres y soberanos, sino como adscritos a determinados grupos sociales o estamentos corporativos de los cuales dependen sus derechos⁶⁶.

Por tanto, es imposible sostener la constitucionalidad de un criterio puramente personal como contenido del delito de función. Este sería el caso, si se establece por ejemplo que el sujeto pasivo afectado por la conducta ilícita sea un militar, policía o la propia institución militar o policial⁶⁷. Como ha sido evidenciado por el TC: «Los civiles no pueden ser sometidos al fuero militar, así estos hayan cometido los delitos de traición a la patria o terrorismo»⁶⁸.

2. Del criterio de *rationae loci*

De acuerdo con este criterio, llamado también criterio del «lugar de comisión del delito»⁶⁹, lo definitorio para la configuración del delito de función es el lugar sujeto a control de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, en el que presumiblemente se cometería un delito e, igualmente, el que haya sido cometido en una zona declarada en estado de emergencia⁷⁰. Un ejemplo de la aceptación de este criterio es el art. 10 de la Ley N. 24150, declarada inconstitucional. Según esa disposición, podían ser juzgados por la Justicia Militar «los militares y policías que cometan delitos en las zonas declaradas en emergencia»⁷¹.

La propia Corte Suprema de Justicia tuvo una línea de pensamiento cercana a la fundamentación de este criterio, al resolver el conflicto competencial en el «asunto Marco Quispe Yucra»⁷². Al respecto, sostuvo que pese a que el delito cometido fue un homicidio imprudente, al haber ocurrido en un operativo antiterrorista realizado en una zona declarada como «Estado de emergencia», se sostuvo que los policías que dieron lugar al delito debían ser sometidos a la Justicia Militar. Sin embargo, el TC declaró la inconstitucionalidad de dicho criterio, señalando que:

66 Defensoría del Pueblo 2006: 20.

67 Pereira Chumbe 2002: 405.

68 STC N. 0017-2003-AI/TC, del 16/03/04, fundamento jurídico 130, citando la STC N. 0010-2001-AI/TC, del 03/01/03, fundamento jurídico 40.

69 Defensoría del Pueblo 2003: 47.

70 Alvites Alvites 2002: 278 s.

71 Ley N. 24150: Ley que establece las normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno del territorio. (publicada el 07/06/85).

72 Competencia N. 17-1997, del 12/12/97.

la Norma Suprema también ha prohibido que la determinación del delito de función pueda estar constituido por el lugar en que se cometa el delito. Por ende «no basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar, es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como tales»⁷³.

3. Del criterio de ocasionalidad

Este criterio tiene como fundamento el momento de la comisión del delito y postula que el delito de función se configura cuando tiene lugar con ocasión de la realización por parte del agente militar o policial de sus actividades de servicio o acciones análogas a la función militar. Es decir, según este criterio, se da el delito de función si es que el agente realizó un delito como simple ocasión del cumplimiento de sus actividades de servicio. Al respecto, la propia Corte Suprema, en sus primeras resoluciones sobre conflictos de competencia en materia de justicia militar, tomó partido por este criterio. Así, en el «asunto Artaza Adriánzen»⁷⁴, señaló que:

Los delitos de función no se limitan únicamente a aquellos que conciernen o atañen al ejercicio del cargo desempeñado por el militar; sino también a otros aquellos que tienen relación o repercusión con las funciones o actividades que a cada militar le corresponde por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas, bastando la simple ocasionalidad.

Sin embargo, este criterio no puede ser decisivo para definir el delito de función, porque no toma en cuenta los requisitos materiales que lo caracterizan, sino solo sus condiciones externas, como lo es el momento de comisión. Es absolutamente insuficiente destacar como criterio de definición del delito de función una circunstancia externa del hecho, como lo es que el agente se encuentre en servicio y su comportamiento se vincule ocasionalmente con el servicio que presta, dejando de lado aspectos objetivos y subjetivos que han de concurrir en el análisis de todo tipo penal, y que se encuentran definidos en atención al objeto de protección del delito militar-policial como a la respectiva condición personal del infractor.

73 STC N. 0017-2003-AI/TC, del 16/03/04, fundamento jurídico 129.

74 Competencia N. 05-1985, del 10/04/85.

4. Del criterio formal o meramente legalista

Según este criterio, la previsión legal es el factor decisivo para la configuración del delito de función. Es decir, se considera que el delito de función militar-policial será aquel que el legislador decida establecer, a su llano criterio. Por tanto, puede deducirse que, conforme esta postura, el legislador a su libre arbitrio determina el campo de actuación de la Justicia Militar, sin atender a mayores razones materiales de fondo. Sin embargo, ya Hurtado Pozo —analizando a manera de ejemplo los delitos de robo y homicidio— planteó los serios inconvenientes de dicho criterio, al sostener que: «Los delitos que según el Código de Justicia Militar solo pueden ser cometidos por militares son, casi totalmente, delitos previstos en el Código Penal común»⁷⁵.

5. Toma de postura sobre el criterio material y su capacidad de rendimiento para delimitar el ámbito protegido por el delito de función

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en concordancia con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Petruzzi⁷⁶ y otros, y la doctrina establecida por el TC, mediante resolución que resolvió la Competencia N. 18-2004⁷⁷, estableció como precedente vinculante aplicable a toda la judicatura peruana la delimitación de competencias en caso de delito de función, conforme a los caracteres objetivo-materiales de la jurisdicción militar⁷⁸. El criterio material, en su condición de desarrollo constitucional de lo establecido en el art. 173 Const., es el único medio idóneo para determinar cuándo se está frente a un delito de función en el marco de un Estado constitucional de derecho. Y tiene como premisa la exigencia de vinculación material entre la conducta del agente (militar o policial) y el objeto jurídicamente protegido en el ámbito funcional castrense que se ve afectado por su actuación. La calificación de delito de función sugiere que el bien jurídico protegido guarde relación con las finalidades, organización y funciones que constitucionalmente le corresponden a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional⁷⁹.

75 Hurtado Pozo 2002: 39.

76 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída sobre el caso «Castillo Petruzzi y otros vs. Perú» (del 30/05/99, Serie C, N. 56).

77 Fundamentos jurídicos 3, 5, 6 y 7, de la resolución de Competencia N. 18-2004 (del 17/12/04).

78 En detalle, San Martín Castro 2003: 164-168.

79 Meini Méndez 2002: 199.

Así, conforme a la referida resolución de la Competencia N. 18-2004, la Corte Suprema ha establecido como notas estructurales del tipo penal militar, primero —en relación con el objeto protegido—, que se trate de conductas realizadas por los agentes militares o policiales que afecten bienes jurídicos pertenecientes a las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; segundo —sobre el círculo de autores—, que el delito de función únicamente puede ser cometido por agentes militares o policiales en situación de actividad; y, tercero —respecto a las circunstancias externas del hecho cometido—, que depende de la situación en la que la acción típica debe tener lugar, es decir, que no basta con que un agente militar en situación de actividad atente contra un bien jurídico de las fuerzas armadas y policiales, sino que es imprescindible que dicha afectación ocurra en el marco de sus actos de función de servicio, esto es, que se dé como ocasión del hecho.

A. Sobre el objeto protegido

Al respecto, se ha establecido la insuficiencia de la simple referencia al carácter castrense del bien afectado. Por ello, el delito de función tiene como aspecto fundamental la afectación de bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional y su particular funcionalidad, conforme a los fines constitucionales que se le encargan. Según el TC⁸⁰, «[s]e trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses».

La opinión del TC puede ser matizada en el sentido de que un bien jurídico de carácter militar-policial puede incluso ser susceptible de ser atacado por particulares. Ello no es contradictorio con la necesidad de que la conminación de un delito de función tenga por objeto la protección de un bien jurídico castrense, sino que antes bien es expresión del carácter fragmentario del derecho penal. Así, existen bienes jurídicos que pueden ser lesionados tanto por el agente militar o policial como por civiles, siendo por ende objeto de procesamiento tanto por la jurisdicción ordinaria como por la jurisdicción militar; es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la «defensa nacional», que pueden ser cometidos por particulares (sometidos a las normas respectivas del Código Penal) como por militares o policías en situación de actividad (competencia de juzgamiento la Jurisdicción militar)⁸¹.

Por tanto, el objeto protegido a través del establecimiento de un delito de función busca resguardar un ámbito institucional que permita el normal cumplimiento de las finalidades constitucionales de las Fuerzas Armadas y Policiales⁸²,

80 STC N. 017-2003-AI/TC, del 16/03/04, fundamento jurídico 134-A.

81 Lovatón Palacios 2007: 169.

82 Sandoval Carlos 2002: 179.

vale decir, velar por la defensa del Estado, de la seguridad nacional y del orden interno. Se trata, por tanto, de un bien «privativo» de la institución a la que pertenece el efectivo militar o policial⁸³; objeto de protección que reviste suficiente importancia a fin de obtener un merecimiento y necesidad de tutela penal⁸⁴. Pero no obstante, por el carácter fragmentario del derecho penal, puede en ocasiones tener incidencia en la jurisdicción ordinaria. Así, para que se configure un delito de función no basta con que la conducta prohibida en el tipo legal militar policial, o sea susceptible de ser realizado por efectivos militares o policiales en actividad y en acto del servicio o con ocasión de él, sino principalmente que dicha conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses.

Por ello, de acuerdo con lo expuesto, no podrían constituir delitos de función (precisamente por ausencia de su objeto protegido) actos que atenten contra bienes jurídicos penales como la vida, la integridad física, la igualdad, la libertad sexual, el honor, la intimidad, entre otros, ya que estos no constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por tanto, han de ser únicamente protegidos por la legislación ordinaria⁸⁵. En tal sentido, cuando el art. 46-A CP establece que «constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional [...] para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público [...]», debe entenderse que la circunstancia agravante descrita en la individualización de la pena, cometida por miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, no se refiere a delitos de función cometidos por estos, sino a delitos comunes que cometieron en su condición de oficiales, caso contrario, se aplicaría el CJM.

83 Lovatón Palacios 2007: 156.

84 Los criterios político-criminales de merecimiento y necesidad de tutela penal no son sino una reflexión, a nivel del Derecho penal, de los principios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, que constituyen un parámetro constitucional de legitimidad de toda limitación de derechos fundamentales, como sin duda implica la tipificación de un delito de función, y dichos principios son reconocidos en el último párrafo del art. 200 Const., y ha sido consolidado en la jurisprudencia del TC y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, Pereira Chumbe 2002: 423. Al respecto, señala Carlos Bernal: «El principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Estas reglas son los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto», Bernal Pulido 2005: 66. En idéntico sentido, González-Cuellar 1990: 120; Asencio Mellado 2003: 139; García Caveró 2008: 135-136; Castillo Alva 2004: 284.

85 STC N. 00012-2006-AI/TC, del 15/12/06, fundamento jurídico 38.

B. Sobre su preestablecimiento legal

Esta característica es fiel derivación del imperio del principio de legalidad de los delitos y de las penas, en el entendido que un delito de función no será tal si no se encuentra previamente establecido, de manera clara y precisa⁸⁶, en el CJMP. Al respecto, el TC sostiene⁸⁷: «Es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función».

En efecto, el carácter de legalidad del delito de función no debe ser comprendido como un aspecto puramente formal de establecimiento y tipificación, que de por sí es insuficiente, sino antes bien debe generar alcances generales para el establecimiento de condiciones materiales que le doten de contenido. Así, el carácter de legalidad debe requerir que necesariamente la conducta descrita en el tipo legal militar - policial infrinja obligaciones funcionales, tanto por el incumplimiento de precisos deberes legales como por el emprendimiento de actuaciones que el ordenamiento militar prohíbe ejecutar.

Sobre esto último, el TC⁸⁸ ha sostenido que la simple previsión en la ley penal militar no hace a una conducta constitutiva de un delito de función, sino que es preciso que

se haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (el deber militar).

En consecuencia, para la tipificación de un delito de función no basta considerar la simple infracción de deberes militares o policiales, ya que esto en nada diferenciaría el derecho penal en el ámbito funcional militar-policial de su respectivo campo administrativo sancionatorio. Por tanto, es fundamental que mediante la previsión legal se reprima la afectación de un bien jurídico militar que comprometa concretamente las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional: la defensa del Estado, la seguridad nacional y el orden interno.

86 Castillo Alva 2004: 98; García Cavero 2008: 103.

87 STC N. 017-2003-AI/TC, del 16/03/04, fundamento jurídico 134-A.

88 STC N. 017-2003-AI/TC, del 16/03/04, fundamento jurídico 134-A.

C. Sobre el círculo de autores

Conforme ha sido establecido en el precedente vinculante citado⁸⁹, el delito de función es caracterizado por componentes objetivos-subjetivos que lo definen. Esto es, no se busca con su previsión proteger intereses militares o policiales en su simple condición de tales, sino que esto debe estar ligado al modo de actuar de un sujeto activo cualificado. Se trata, por tanto, de un delito de infracción de deber⁹⁰, ya que su injusto penal, por exigencia constitucional, se configura a través de concretas actividades contrarias a los deberes especiales, cuyas fuentes se encuentran fuera del Derecho penal, concretamente en el derecho administrativo sancionador de las Fuerzas Armadas y Policiales. Comportamientos que, por su extremo peligro y mayor calidad de injusto, se encuentran descritas en el tipo penal militar. Consecuentemente, solo puede ser autor de un delito de función quien ostente una determinada posición de deber necesariamente derivada del ámbito militar o policial, y actuar con ocasión de dichas funciones.

Sin embargo, la Justicia Militar y la jurisdicción ordinaria de épocas anteriores (en cuanto resolvía conflictos de competencia a favor de la primera) no lograron comprender esta exigencia material del delito de función, inclinándose por el juzgamiento de civiles⁹¹. Ello tuvo su punto de partida en una incorrecta interpretación de lo dispuesto por el art. 173 Const., que parece establecer la posibilidad de que los civiles sean sometidos a la competencia de la Justicia militar en caso de la comisión de delitos de traición a la patria y terrorismo. Sin embargo, como bien ha sostenido el TC⁹² (en el caso Marcelino Tineo Silva y otros), a través de una correcta interpretación del citado dispositivo constitucional:

Una interpretación literal del art. 173º de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el

89 Competencia N. 18-2004, del 12/12/97, fundamento jurídico 6.

90 El delito de función es un delito de infracción a través del cual se pretende la preservación de una institución social determinada: el Estado y su actividad de aseguramiento y protección de su soberanía y orden interno. Sobre esta institución «positiva» del que se deriva la competencia de carácter institucional y sus consecuencias, Sánchez-Vera Gómez-Trelles 2002: 105. También, Suárez González 2001: 49 y ss. De acuerdo con la configuración del delito de función militar-policial como delito de infracción de deber, Villavicencio Terreros 2006: 6. Sobre el contenido de esta categoría jurídica y su desarrollo, Cfr. García Cavero 2007: 311; Caro John 2006: 369.

91 Bustamante Oyague 2002: 168.

92 STC N. 010-2002-AI/TC, del 03/01/03, fundamento jurídico 104.

procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Ello no podía ser de otra forma, por cuanto la Justicia Militar, por constituir una especialidad del principio de unidad jurisdiccional, no debe ser comprendida como regla general establecida para el procesamiento tanto de agentes militares o policiales como de civiles. Por su propia naturaleza, las disposiciones del CJMP no pueden tener como objeto la tipificación de delitos e infracciones cometidas por civiles, sino únicamente las realizadas por militares en situación de actividad y en directa afectación de intereses indispensables de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

D. Sobre la situación de actividad del agente

El agente del delito de función debe ser un militar o efectivo policial que necesariamente debe haber infringido sus deberes en el marco de su situación de actividad. Sin embargo, aquí se plantea la situación problemática, de un lado, sobre la posibilidad de que los agentes militares o policiales en situación de retiro puedan cometer delitos de función; y, de otro, que los puedan cometer aquellos que se encuentren en situación de disponibilidad funcional respecto del instituto armado o policial al que se encuentren adscritos.

Sobre la primera situación, la CIDH, en el caso «Cesti Hurtado»⁹³, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la incompetencia del tribunal militar que juzgó al ex Capitán del Ejército peruano Gustavo Cesti Hurtado, quien fuere procesado en la Jurisdicción Militar por hechos cometidos con posterioridad a su pase al retiro. Los jueces señalaron que «[e]n cuanto al proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado ante un órgano de la justicia militar, la Corte observa que dicha persona tenía, al tiempo en que se abrió y desarrolló ese proceso, el carácter de militar en retiro, y, por ello, no podía ser juzgado por los tribunales militares [...]». La consecuencia de dicha declaratoria fue la nulidad del proceso seguido en su contra, al haber violado el Estado peruano sus obligaciones internacionales⁹⁴. Debe, al respecto, tenerse en cuenta que —conforme el art. 58 de la Ley N. 28359, Ley de situación militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas— los militares en situación de retiro ya no se encuentran subordinados a las Fuerzas Armadas, por tanto, tienen la condición de civiles, y el juzgamiento de cualquier delito que

93 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída sobre el caso «Cesti Hurtado» (del 29/09/99, Serie C, N. 56, fundamentos jurídicos 151 y 194).

94 En el mismo sentido se pronuncia la STC N. 017-2003-AI/TC, del 16/03/04, fundamento jurídico 134-B.

cometiesen, aun en contra de intereses relevantes de la institución armada, es de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria⁹⁵.

Situación distinta se presenta cuando el delito de función ha sido cometido en situación de actividad por el agente militar o policial y fue investigado o procesado con posterioridad a su pase al retiro. Aquí el TC, en el caso «Carreño Castillo»⁹⁶, sentó el criterio que: «En la actualidad el beneficiario se encuentra en situación de retiro, sin embargo, su juzgamiento se refiere a hechos que él cometió en el momento en que se encontraba en situación de actividad, y con ocasión del servicio». Tales razones hacen perfectamente posibles el avocamiento de la Justicia Militar a procesos en los cuales el agente militar o policial no se encuentre en actividad al momento de ser investigado o procesado, pero que sí lo estuvo al momento de la comisión del delito.

De otro lado, sobre la problemática de los militares en situación de disponibilidad, el TC, en el caso «Villalba Zapata»⁹⁷, sostuvo que «bien sea en situación de disponibilidad o de no actividad, los militares en dicha situación se encuentran excluidos de la posibilidad de cometer delitos de función»⁹⁸; y ello se da precisamente por carecer de la condición de sujeto activo del delito de función.

Finalmente, la validez de estos criterios, en el ámbito de la problemática de los militares en situación de retiro o disponibilidad, deben ser resueltos a favor de la no configuración de un delito de función. Por tanto corresponde su procesamiento a la jurisdicción ordinaria, toda vez que los referidos agentes no cumplen función militar alguna, y es poco probable que puedan afectar bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, y en caso que esto ocurra serán de aplicación las sanciones conminadas en la Parte especial del Código Penal.

E. Sobre las circunstancias externas del hecho

La acción u omisión que configura el delito de función debe haber sido realizada cuando el agente militar o policial se encuentre ejecutando un «acto de servicio».

95 Donayre Montesinos 2006: 147 s.

96 STC 3194-2004-HC/TC, del 28/12/2004, fundamento jurídico 22.

97 STC N. 0585-96-HC/TC, del 19/07/1998, fundamento jurídico 3.C.

98 Dicha expansión de la Justicia Militar a los militares en situación de disponibilidad encontraría mejor criterio en la STC N. 3194-2004-HC/TC (del 28/12/04; caso «Carreño Castillo», fundamento jurídico 19), por la cual el TC resuelve no incluir como sujeto activo de un delito de función al militar en situación de disponibilidad, señalando: «lógicamente no se debe incluir a los militares en situación de disponibilidad... no deberían estar incurso[s] [en estos delitos] los que están en estado de disponibilidad». Dicho criterio fue reconocido por el legislador de la Ley N. 28665, en el Art. V de su Título preliminar.

Dicho criterio obedece a la naturaleza especial y al carácter funcional de la Justicia Militar. Por tanto, cuando el delito cometido por un militar o policía, incluso en afectación de intereses de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, no hubiere sido realizado dentro del marco de las actividades de servicio militar o policial, el delito de función no se configura. En consecuencia, el juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria⁹⁹. Así, el TC¹⁰⁰ y la Corte Suprema de Justicia¹⁰¹ exigen también, como componente del delito de función, la afectación de bienes jurídicos castrenses mediante la necesaria realización de «actos de servicio». En este sentido, se señala: «El ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, debe haber sido cometido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él».

En suma, los elementos componentes del contenido material del delito de función, establecidos como precedentes vinculantes, aplicables a toda la judicatura peruana en la resolución de Competencia N. 18-2004, han sido recogidos en sus caracteres más relevantes por el TC¹⁰², así como la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰³. Así, sostiene que el delito de función:

es una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses. Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Asimismo, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en «situación de actividad», y debe ser cometido cuando el efectivo se encontraba en dicha situación [...] Finalmente que haya sido cometido en «acto del servicio»¹⁰⁴.

Por tanto, solo a través del cumplimiento de los requisitos materiales exigidos para la configuración del delito es que se podrá acotar su ámbito de existencia, con el objeto de excluir aquellas conductas que no son constitutivas de un delito

99 Meini Méndez 2002: 200.

100 STC N. 017-2003-AI/TC, del 16/03/04, fundamento jurídico 134-C.

101 Competencia N. 18-2004, del 12/12/97, fundamento jurídico 7.

102 STC N. 0017-2003-AI/TC, del 16/03/04, fundamento jurídico 134.

103 El criterio material definitorio del contenido material del delito de función ha tenido encaje en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída sobre el caso «Durand Ugarte vs. Perú» (del 16/08/00, Serie C, N. 68). Asimismo, en las Sentencias recaídas sobre el caso «Cantoral Benavides vs. Perú» (del 18/08/00, Serie C, N. 69) y sobre el caso «Castillo Petruzzi vs. Perú» (del 30/05/99, Serie C, N. 52).

104 Así también, STC N. 02284-2007-HC/TC, del 02/09/08, fundamento jurídico 8; la STC N. 00012-2006-AI/TC, del 15/12/06, fundamento jurídico 38.

de función y, por tanto, de única competencia de la jurisdicción ordinaria. No deben incorporarse a la Justicia militar elementos ajenos al juzgamiento de delitos de función, para cumplir con el mandato constitucional establecido en el art. 173 Const. Es imperativo en un Estado democrático de derecho que la Justicia militar tenga un alcance restrictivo y especial respecto de la unidad jurisdiccional, y esté por tanto encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, por agentes cualificados, en ejercicio de actividades funcionariales del ámbito militar o policial¹⁰⁵.

V. DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL FUERO MILITAR POLICIAL (LEY N. 29182) Y LA «REBELDÍA LEGISLATIVA» DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Luego de haber sido declarada inconstitucional la reforma legislativa intentada mediante el DLeg N. 961 y la Ley N. 28665, en la sentencia de inconstitucionalidad recaída sobre el Expediente N. 0004-2006-PI/TC (del 29 de marzo de 2006), se estableció un plazo de *vacatio sententiae* de seis meses contados a partir de la publicación de dicha sentencia; ya que vencido dicho término, la sentencia surtiría todos sus efectos (la eliminación del ordenamiento jurídico de las disposiciones declaradas inconstitucionales). Durante el cómputo del plazo inicialmente fijado por el TC, el apoderado del Congreso de la República formuló un pedido de aclaración, a lo que dio respuesta la STC 0004-2006-PI/TC-Aclaración (del 13 de junio de 2006). Esta resolución, cuestionablemente, precisó que el inicio del cómputo de la *vacatio sententiae* no se ceñía a la fecha de publicación de la resolución 0004-2006-PI/TC, sino a la notificación de la resolución aclaratoria (es decir, el 17 de abril de 2006).

Similar situación se presentó con la sentencia de inconstitucionalidad promovida por el Colegio de Abogados de Lima, recaída en el Exp. N. 0006-2006-PI/TC, en la medida en que estableció un plazo de *vacatio sententiae* cuyo vencimiento se extendía al 31 de diciembre de 2006. Sin embargo, la desidia del legislador para reformular su objetivo reformista condujo a que el Congreso de la República apruebe la Ley N. 28934 (Ley que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la justicia militar policial establecida por la Ley N. 28665), el 16 de diciembre de 2006. De esa manera el Congreso pretendió cubrir la omisión legislativa en que incurrió al no haber aprobado el nuevo marco legal de la justicia militar, acorde con las sentencias de inconstitucionalidad del TC. Sin embargo, la decisión por mantener vigente el esquema funcional y orgánico de la jurisdicción militar policial, no se

105 Alvites Alvites 2002: 276.

ajusta a los más elementales principios de un Estado derecho que la Constitución garantiza. En realidad, mediante la Ley N. 28934, el Congreso decidió continuar con un esquema de justicia incompatible con la Constitución, desconociendo la autoridad de cosa juzgada de las sentencias del TC.

Es en dicho contexto de inconstitucionalidad provocado por el Congreso que el Colegio de Abogados de Lambayeque interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la citada ley, la misma que fue resuelta por el TC declarándola fundada, mediante sentencia recaída en el Exp. N. 00005-2007-AI/TC (del 26 de agosto de 2008). Sin embargo, un aspecto fundamental había quedado pendiente, la vigencia de la Ley N. 29182, nueva Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (publicada el 11 de enero de 2008)¹⁰⁶, la cual tuvo por objeto derogar la Ley N. 28665.

La Ley N. 29182 establece en su art. 9 que el «Tribunal Supremo Militar Policial está conformado por diez vocales supremos, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial [...] en situación de actividad». Así mismo, en su art. 10, dispone que los «vocales del Tribunal Supremo Militar Policial son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Sala Plena [...] entre los oficiales en actividad del Cuerpo Militar Policial». La inconstitucionalidad de estas normas se evidencia también en los arts. 13, 19, 21, 22, 23 entre otros, así como en el Título VI (del Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial). El TC tendrá, seguramente, ocasión de dictar una nueva sentencia de inconstitucionalidad por cuanto dicha ley no solo se aparta, en el sentido indicado, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal, sino que viola la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰⁷, al colisionar frontalmente con los principios jurisdiccionales de independencia, exclusividad y unidad jurisdiccional.

Por lo pronto, ha tenido ocasión de emitir un claro pronunciamiento en este sentido al resolver el Exp. N. 01605-2008-PHC/TC (del 11 de enero de 2008). En esta sentencia el TC ha dejado constancia del desacato legislativo del Congreso de la República, al promulgar una ley manifiestamente inconstitucional, y para tal efecto señaló:

Con fecha 10 de enero de 2008 el legislador ha expedido la Ley N. 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, nueva ley que, sin

106 Ley N. 29182 - Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 11 de enero de 2008, y recogió casi en su integridad el Dictamen recaído sobre el Proyecto de Ley N. 1421/2006-CR, de la Comisión congresal de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo alternativo y Lucha contra las Drogas (del 25 de septiembre de 2007).

107 Donayre Montesinos 2008: 512.

embargo vulnerar la autoridad de cosa juzgada en lo que se refiere a las sentencias del TC, además supone, una situación de «rebeldía legislativa», dado que el Congreso incumple su deber constitucional de legislar sobre una materia respecto de la cual este Colegiado ya se ha pronunciado, haciendo caso omiso a lo antes decidido, situación que sin lugar a dudas pone en riesgo los derechos fundamentales judiciales de aquellos miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú que puedan ser sometidos a la jurisdicción militar, los mismos que ven postergada indefinidamente la materialización de tales garantías¹⁰⁸.

Siguiendo este razonamiento, el TC declaró inaplicable la Ley N. 29182, en tanto afecta el derecho fundamental a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, y declaró la nulidad del proceso penal militar seguido contra el accionante.

VI. CONCLUSIONES

La justicia militar, como potestad jurisdiccional especial, hace necesario establecer líneas que definan el ámbito del ejercicio de sus atribuciones y esto se incardina, precisamente, con la investigación y juzgamiento de delitos de función militar policial, que afectan intereses fundamentales del ámbito castrense. Por constituir una excepción a la competencia recaída en el Poder Judicial para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado y ceñida únicamente al enjuiciamiento de delitos de función, la justicia militar debe respetar de modo absoluto los principios constitucionales de unidad, exclusividad e independencia en la función jurisdiccional.

La determinación del contenido material del injusto penal militar policial (el delito de función) tiene un triple objeto: primero, brindar directrices al legislador para que tipifique correctamente los de función conforme con lo establecido en el art. 173 Const. Segundo, permitir al órgano jurisdiccional discriminar cuáles de las disposiciones ya tipificadas no se ajustan a las directrices constitucionales del contenido material del delito de función ni, por tanto, a la jurisprudencia vinculante del TC y de la Corte Suprema. Lo que permite ejercer un control difuso de la constitucionalidad, precisamente, en contra de las citadas disposiciones que ante sí se postulan como aplicables. Y, tercero, hacer posible, como función negativa, la denuncia de inconstitucionalidad de los tipos legales que no se ajusten a su contenido y lograr, en tales términos, su exclusión del ordenamiento jurídico.

108 STC N. 01605-2006-PHC/TC, del 11/01/08, fundamento jurídico 7.