

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
PLENO JURISDICCIONAL  
0004-2006-PI/TC

**SENTENCIA  
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 29 de marzo de 2006

**PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

**Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República**

**Síntesis**

-  
Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial

Magistrados firmantes:

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

**Sumario**

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

## **§1. La jurisdicción especializada en lo militar y los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional**

- 1.1. Los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y la exigencia de un estatuto jurídico único para los jueces
- 1.2. El principio de independencia de la función jurisdiccional. La separación entre las funciones jurisdiccionales y las administrativas
- 1.3. Principio de imparcialidad de la función jurisdiccional y la estructura de la jurisdicción especializada en lo militar
- 1.4. El derecho a un juez independiente e imparcial como contenido del derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”

## **§2. Control de constitucionalidad de fondo de las disposiciones cuestionadas**

### **A. La regulación de los órganos de la jurisdicción militar, los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad judicial y la garantía de inamovilidad**

2.1. Los principios de unidad e independencia judicial y la regulación de la Sala Suprema Penal Militar Policial y del Consejo Superior Penal Militar Policial

- a) Los artículos 139 inciso 1), 141 y 173 de la Constitución y las competencias del Legislador en la regulación de la jurisdicción especializada en lo militar
- b) Análisis de constitucionalidad de las disposiciones que regulan la denominada Sala Suprema Penal Militar Policial
- c) El Consejo Superior Penal Militar Policial, el conocimiento de los procesos constitucionales y las funciones de naturaleza administrativa

2.2. Los principios de independencia e imparcialidad judicial y la participación de “oficiales en actividad” en la jurisdicción especializada en lo militar

2.3. Los principios de independencia e imparcialidad judicial y el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial

2.4. La garantía de inamovilidad y el principio de unidad judicial, respecto de la creación, reducción, supresión o traslado de los órganos de la jurisdicción penal militar policial

2.5. El principio de unidad de la función jurisdiccional y el sistema de control disciplinario “especial” de la Ley 28665

## **B. La garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público y la creación de la Fiscalía Penal Militar Policial**

### **C. El principio de igualdad como límite de la actividad del Legislador**

2.6. La igualdad jurídica y su vinculación al Legislador

2.7. La igualdad «ante la ley» y sus dos manifestaciones: igualdad «en la ley» e igualdad «en la aplicación de la ley»

2.8. La vinculación entre el juicio de igualdad «en la ley» y el principio de proporcionalidad

2.9. El test de igualdad. Los pasos a seguir para verificar si una «diferenciación» es válida o si se constituye en una «discriminación»

Primer paso: Verificación de la diferenciación legislativa (juicio de racionalidad)

Segundo paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad

Tercer paso: Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación

Cuarto paso: Examen de idoneidad

Quinto paso: Examen de necesidad

Sexto paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto

2.10. El principio de igualdad y el examen de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas

## **D. Análisis de constitucionalidad del régimen transitorio contemplado en la Ley 28665**

### **§3. El control del Tribunal Constitucional, la legitimidad de las sentencias interpretativas y los efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad**

3.1. La legitimidad de las sentencias interpretativas

3.2. La seguridad jurídica y la necesidad de diferir los efectos de las sentencias

3.3. La sentencia del Tribunal Constitucional y los efectos de la Ley 28665

## **VII. Fallo**

**EXP. N.º 0004-2006-PI/TC**  
**LIMA**  
**FISCAL DE LA NACIÓN**

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 29 días del mes de marzo de 2006, el pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Latirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

### **I. ASUNTO**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos I y XII del Título Preliminar, artículos 1, 5, 8, 9, 10.1, 10.2, 14, 15.3, 15.4, 15.5, 16.1, 17.5, 23, 24.2, 28, 31, 36.1, 49.1, 49.2, 53, 54, 55, 56, 80, 81.1, 82.1, Primera, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias de la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

### **II. DATOS GENERALES**

Tipo de proceso : Proceso de  
inconstitucionalidad

Demandante : Fiscal de la  
Nación

Disposición sometida a control : Ley 28665, de

## Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

Disposiciones constitucionales : Artículos 2.2, 139.1, 139.2, 150 y 158 Const.  
cuya vulneración se alega

Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos I y XII del Título Preliminar, artículos 1, 5, 8, 9, 10.1, 10.2, 14, 15.3, 15.4, 15.5, 16.1, 17.5, 23, 24.2, 28, 31, 36.1, 49.1, 49.2, 53, 54, 55, 56, 80, 81.1, 82.1, Primera, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias de la Ley 28665.

### IV. ANTECEDENTES

#### 1. Argumentos de la demandante

Con fecha 24 de enero del 2006, la Fiscal de la Nación solicita que se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de los artículos de la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, publicada el 7 de enero del 2006 en el diario oficial “El Peruano”, por considerar que vulneran los principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, de autonomía del Ministerio Público, de independencia e imparcialidad, así como el derecho a la igualdad ante la ley.

Alega que las disposiciones que se mencionan a continuación vulneran el *derecho a la igualdad ante la ley y el mandato de no discriminación*, entendido como un derecho subjetivo que supone la prohibición de ser discriminado por algunas de las causales previstas en el artículo 2.2 de la Constitución o por alguna otra que lesione la dignidad del ser humano:

- a) Artículo 10, inciso 2; que dispone que la presidencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial se encuentre a cargo de uno de los tres vocales supremos del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial. Aduce que vulnera el mencionado principio, toda vez que se excluye sin causa objetiva a los dos vocales supremos de la jurisdicción ordinaria.
- b) Cuarta Disposición Transitoria, según la cual los fiscales supremos penales militares policiales designados por la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora se integran a la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público. Alega que la presente

disposición vulnera el principio constitucional de igualdad, en tanto que únicamente los mencionados fiscales supremos penales militares policiales designados “provisionalmente” por la Junta señalada podrán integrar la Junta de fiscales supremos, excluyendo de esta manera a los Fiscales Supremos Provisionales nombrados de acuerdo con el Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público.

Por otro lado, señala que las disposiciones cuestionadas también vulneran *los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional*, recogido en el artículo 139, inciso 1), de la Constitución. Precisa que la "unidad en el caso del Poder Judicial importa que todos los jueces se sujeten a un estatuto orgánico único, el que será de naturaleza y características que garanticen su independencia".

Aduce que este principio es vulnerado por las siguientes disposiciones:

a. Artículo I del Título Preliminar, el cual prescribe que la Jurisdicción Especial en Materia Penal Militar se vincula en el vértice de su organización con el Poder Judicial y administra justicia en nombre del pueblo. Al respecto, refiere que, conceptualmente, la unidad afirma la propiedad de todo ente, según la cual no puede dividirse ni separarse sin que su esencia se destruya o altere. En el caso del Poder Judicial, es imprescindible que todos los jueces se sujeten a un estatuto orgánico único, pues mientras

el Poder Judicial sea un ente orgánico, cohesionado, jerarquizado y con una sola cabeza directriz, podrá decirse que está en aptitud de ser independiente. Pero si –como hace la Ley–, se introduce en él un cuerpo extraño, ajeno a su organización, el principio de unidad desaparece y se abren las puertas para minar su independencia.

Asimismo, refiere que se vulneran los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional al haberse establecido que la Sala Suprema Penal Militar Policial sea integrada, además, por tres vocales provenientes de la jurisdicción especial, a quienes se les ha otorgado los mismos derechos que los vocales supremos, es decir, que tienen “plenos derechos para intervenir con voz y voto en la Sala Plena de la Corte Suprema en asuntos que competen a la jurisdicción ordinaria”.

b. Primera Disposición Complementaria, en concordancia con el artículo 15, inciso 3), en cuanto ambas disposiciones establecen criterios acerca del Pliego Presupuestal de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial. Según refiere, las mencionadas disposiciones disponen que administrativa y económicamente el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial tiene plena autonomía, no teniendo punto de conexión con la estructura organizativa y económica del Poder Judicial.

c. Artículos 23 y 28, que otorgan competencia al Consejo Superior Penal Militar Policial para crear, reducir y trasladar sedes; así como para determinar la demarcación geográfica de los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales y los Juzgados Penales Militares Policiales. Al respecto, manifiesta que dichas disposiciones vulneran el principio de unidad y autonomía del Poder Judicial, toda vez que este carece de la citada competencia.

Asimismo, la Fiscal de la Nación sostiene que el *principio de autonomía del Ministerio Público* es vulnerado por las siguientes disposiciones:

a) Artículo XII del Título Preliminar, el cual dispone que el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial depende funcionalmente del Fiscal Supremo Penal Militar Policial. Alega que este artículo vulnera el mencionado principio, toda vez que los Fiscales Penales Militares Policiales dependen administrativa, funcional y orgánicamente de la Fiscalía Suprema Penal Militar Policial, quedando fuera del ámbito de control de los órganos de línea del Ministerio Público.

Por otra parte, arguye que los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, son vulnerados por las siguientes disposiciones que establecen, entre otras previsiones, que la función jurisdiccional y la función fiscal puedan ser desempeñadas por oficiales en situación de actividad:

- a) Artículo 16, inciso 1, que establece que el Consejo Superior está conformado por vocales con grado militar o policial de General de Brigada, o equivalente en situación de actividad.
- b) Artículo 24, inciso 2, que dispone que los miembros de cada Sala de los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales tengan grado militar o policial de Coronel, o equivalente en situación de actividad.
- c) Artículo 31, que establece que los Jueces Penales Militares Policiales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial deban tener grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente en situación de actividad.
- d) Artículo 49, que dispone que los Fiscales Penales Militares Policiales que actúan en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, son oficiales en situación de actividad, a excepción de los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales, quienes deberán pasar a la situación de retiro para ejercer dicho cargo.

Finalmente, sostiene que, de acuerdo con las disposiciones precitadas, “aquellos que actúan en la función fiscal militar policial, mantendrán sus cargos castrenses; por lo tanto, rigen con respecto a ellos, los principios de obediencia, jerarquía y de autoridad y subordinación; principios, todos ellos, incompatibles con los postulados de un Estado Constitucional de Derecho”.

## 2. Argumentos del demandado

Con fecha 21 de marzo de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare infundada en todos sus extremos, argumentando que la ley impugnada no vulnera ninguno de los principios constitucionales invocados en la demanda.

Con relación *al derecho a la igualdad ante la ley y el mandato de no discriminación*, la emplazada sostiene que la organización independiente y diferenciada de la jurisdicción militar está perfectamente justificada constitucionalmente, a tenor del artículo 139, inciso 1, de la Constitución, y conforme lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional, 0023-2003-AI/TC, en la que se advierte que la intensidad y el alcance de la vinculación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar le corresponde al Congreso de la República. Por ello, el artículo 10 de la ley impugnada no resulta inconstitucional, toda vez que el Congreso decidió que de los cinco vocales integrantes de la Sala Suprema Penal Militar, tres sean militares en retiro, entre los cuales se tendrá que escoger al Presidente de la Sala Suprema. Agrega que tal exigencia es imprescindible, atendiendo a los criterios históricos y de cumplimiento de las trascendentales atribuciones de las Fuerzas Armadas. Así, la opinión dirimente recaería sobre un magistrado con los conocimientos técnicos necesarios para la función jurisdiccional que se está desempeñando.

Sostiene también que la exigencia de la formación jurídico-militar es esencial; que esta no se limita a conocimientos de Derecho Militar, sino que incluye el conocimiento y la vivencia de los hechos, modos y circunstancias en los que han tenido que aplicar los reglamentos y leyes propios de la institución.

Asimismo, indica que la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, creada por la Cuarta Disposición Transitoria de la ley impugnada, no vulnera el principio de igualdad, porque su vigencia concluye con la consumación de las funciones que le fueron atribuidas por ley. Señala que la Junta está presidida por un miembro del Consejo Nacional de la Magistratura y que su creación responde al criterio de especialidad con que deben contar los postulantes al Ministerio Público. Aclara que el régimen transitorio era necesario debido a que el cumplimiento de la ley debe ser paulatino y sin entorpecer las funciones de la jurisdicción ordinaria ni la de los fiscales ordinarios. De otro lado, argumenta que la mencionada Junta está integrada por tres miembros del CNM, y que la Junta no es inconstitucional, pues su finalidad es contar con jueces y fiscales inmediatamente para dar operatividad a la justicia militar.

Con relación a *los principios de unidad y autonomía del Poder Judicial*, sostiene que no se ha transgredido la Constitución, dado que el artículo 139, inciso 1, establece que la jurisdicción militar es excepcional, por lo que su estructura independiente y la vinculación en el vértice de ambas jurisdicciones (la militar policial y la ordinaria) tienen fundamento constitucional, de manera que solo al Congreso le compete estructurar la organización de la jurisdicción militar.

Respecto del *principio de supremacía de la ley específica*, señala que responde a una técnica de resolución de conflictos entre normas del mismo rango.



En cuanto a los *principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional*, sostiene que ellos no se han vulnerado puesto que la Constitución prevé que la jurisdicción militar es excepcional e independiente de la ordinaria, por lo que ambas jurisdicciones deben tener las mismas características.

Afirma también que la competencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial, de designar entre los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura al Presidente del Consejo Superior de Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, no contraviene el principio de independencia jurisdiccional, porque la independencia no se garantiza por la calidad del órgano que nombra al presidente del consejo, sino por su sujeción a la Constitución y al Estado de Derecho.

Asegura el demandado que los artículos 23 y 28, que se refieren a la creación, reducción y desplazamiento de sedes jurisdiccionales en el ámbito nacional, regulan una potestad que responde a la naturaleza de la especialidad y excepcionalidad de la justicia militar.

Respecto de los miembros de los Cuerpos Judicial y Fiscal Penal Militar Policial, y su condición de oficiales en actividad, señala que no se afectan la independencia e imparcialidad del Poder Judicial ni del Ministerio Público, pues la jurisdicción militar es independiente de ambas. En cuanto a la independencia de la jurisdicción militar, indica que esta tampoco se ve afectada, pues la ley impugnada prevé que quienes asuman funciones jurisdiccionales y/o fiscales deban tener formación jurídica y militar policial.

Por otro lado, alega que la Constitución no establece un único *sistema de control disciplinario* de los jueces. Añade, que lo dispuesto en el artículo 154, inciso 3, no es óbice para que a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establezca un sistema de control disciplinario distinto del CNM. Así, el demandado llega a la conclusión de que aceptar que sea la Corte Suprema (jurisdicción ordinaria) la que se encargue del control disciplinario de los jueces de la jurisdicción militar, sería un atentado contra la independencia y autonomía de esta jurisdicción, garantizada por la Constitución.

Respecto del *principio de autonomía del Ministerio Público*, se debe tener en cuenta que, en el caso de la jurisdicción militar, los fiscales penales militares policiales no representan a toda la sociedad, como en el caso de la jurisdicción ordinaria, sino que representan a un sector de ella, y responden a la protección de los bienes jurídicos castrenses. De este modo, la dependencia administrativa y funcional de los fiscales al Fiscal Supremo Penal Militar Policial obedece al criterio de especialidad de la jurisdicción militar. Añade que, conforme a los artículos 56 y 53 de la ley impugnada, no se contraviene lo señalado por el Tribunal Constitucional, cuando sostiene que la Constitución no permite que otro órgano ejerza las mismas atribuciones que el Ministerio Público, porque su organización sigue siendo única jerárquicamente, a través de las funciones que asume el Fiscal de la Nación.

### **3. Informe de la Defensoría del Pueblo y otros informes**

- Con fecha 4 de abril de 2006, la Defensoría del Pueblo puso a consideración del Tribunal Constitucional el Informe Defensorial 104, denominado “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961”.
- Asimismo, con fechas 21 y 30 de marzo de 2006, se recibieron los informes escritos de la representación de la Justicia Militar.
- Finalmente, con fecha 3 de abril de 2006, se recibió el informe escrito del Instituto de Defensa Legal.

## **VI. Materias constitucionalmente relevantes**

Este Colegiado estima que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas de la Ley 28665 debe centrarse en los siguientes temas:

- Ø Si la regulación de la Sala Suprema Penal Militar Policial y del Consejo Superior Penal Militar Policial vulnera los principios de unidad e independencia judicial.
- Ø Si la creación de la Fiscalía Penal Militar Policial vulnera la autonomía del Ministerio Público.
- Ø Si la participación de “oficiales en actividad” en la jurisdicción especializada en lo militar vulnera los principios de independencia e imparcialidad judicial.
- Ø Si la regulación de un Cuerpo Judicial Penal Militar Policial vulnera los principios de independencia e imparcialidad judicial.
- Ø Si la creación, reducción, supresión o traslado de los órganos de la jurisdicción penal militar policial, dispuesta por la Ley 28665, vulnera la garantía de inamovilidad.
- Ø Si el régimen transitorio contemplado en la Ley 28665 vulnera los principios de la función jurisdiccional, la autonomía del Ministerio Público y la independencia del Consejo Nacional de la magistratura.
- Ø Si el sistema de control disciplinario “especial” de la Ley N.º 28665 vulnera el principio de unidad de la función jurisdiccional.
- Ø Y, finalmente, si la exigencia de que el Consejo Nacional de la Magistratura solo podrá nombrar como jueces a los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar, vulnera el derecho a la igualdad de quienes, no formando parte de este Cuerpo, poseen formación jurídico-militar.

## **VII. FUNDAMENTOS**

### **§1. La jurisdicción especializada en lo militar y los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional**

1. En primer lugar, cabe precisar que, hasta en dos pronunciamientos anteriores

(Expedientes 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC), el Tribunal Constitucional, en cuanto Supremo Intérprete de la Constitución, ha establecido cuáles son los alcances de los principios básicos que rigen la actividad de los órganos jurisdiccionales, incluidos los que se especializan en la materia militar, por lo que, atendiendo a las peculiaridades que presentan en este caso las disposiciones cuestionadas de la nueva ley de organización de la justicia militar, no solo se hará una remisión a esta doctrina jurisprudencial, sino que se abundará en el análisis de tales principios.

2. En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que ante este Colegiado se viene tramitando también la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra diferentes disposiciones de la Ley 28665 (Expediente 0006-2006-PI/TC), razón por la cual, en el presente caso, se analizarán determinados principios e instituciones relacionados con las disposiciones cuestionadas por la Fiscal de la Nación, reservando el análisis de otros principios e instituciones para el momento en que se examinen las disposiciones cuestionadas por el Colegio de Abogados de Lima.

### **1.1. Los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y la exigencia de un estatuto jurídico único para los jueces**

3. En la sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional, respecto del principio de unidad de la función jurisdiccional, estableció:

La unidad ha de ser comprendida, en principio, como la negación de la idea de la fragmentación jurisdiccional; y esto porque, por motivaciones derivadas de la esencia, carácter y calidad de la función de dirimir en los conflictos interindividuales de contenido estrictamente jurídico, se hace patente la necesidad, dentro de lo razonable, de asegurar la individualidad y unidad de dicho atributo soberano a favor del Poder Judicial.

El principio de unidad permite que la función jurisdiccional sea ejercida por una entidad “unitaria”, a efectos de asegurar el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución; y, con ello, que todos los justiciables se encuentren, en principio y como regla general, sometidos a los mismos tribunales, sin que se considere constitucional la existencia de fueros especiales o de privilegio en “razón” de la mera e inadmisibles diferenciación de las personas o de cualquier otra consideración absurda.

En la sentencia recaída en el Exp. 017-2003-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de unidad de la función jurisdiccional: “(...) se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado Poder Judicial(...)”.<sup>[1]</sup>

4. Sobre el principio de exclusividad de la función jurisdiccional, este Colegiado ha sostenido:

(...) afecta, de un lado, al status jurídico de los magistrados y, por otro, al orden funcional

del órgano de la jurisdicción ordinaria.

De acuerdo con el primero, los jueces que forman parte del Poder Judicial están dedicados única y exclusivamente a ejercer la *juris dictio*, esto es, a ejercer funciones de naturaleza judicial, de modo que el ejercicio de la función que se les confía a los jueces y magistrados es incompatible con cualquier otra actividad pública y privada, con la única excepción de la docencia universitaria, y siempre que ella se ejerza fuera del horario de trabajo judicial, como precisa el artículo 146° de la Norma Suprema.

De acuerdo con el segundo, sólo el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional del Estado, sin que algún otro poder público pueda avocarse al ejercicio de dicha función. Así, es el Poder Judicial, en principio, el único de los órganos estatales a quien se ha confiado la protección jurisdiccional de las situaciones subjetivas y de los intereses y bienes jurídicamente relevantes, no pudiéndose establecer ninguna jurisdicción independiente (artículo 139, inciso 1), o que otros órganos realicen el juzgamiento de materias confiadas a él ya sea por comisión o por delegación, o por “órganos jurisdiccionales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación” [incisos 1 y 3, artículo 139° de la Constitución]. <sup>[2]</sup>

5. Por tanto, los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional constituyen elementos indispensables en el funcionamiento de todo órgano jurisdiccional, siendo el Poder Judicial el órgano al que por antonomasia se le ha encargado ejercer dicha función. No obstante, en reiterados pronunciamientos, entre los que destacan los recaídos en los mencionados Expedientes 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, conforme se desprende del artículo 139, inciso 1, de la Constitución, una de las excepciones a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional está constituida por la existencia de la denominada “jurisdicción especializada en lo militar”. <sup>[3]</sup> Cabe, por tanto, preguntarse:

**¿Qué significado tiene la disposición constitucional que establece que la jurisdicción especializada en lo militar es una excepción a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional?**

6. En primer término, debe descartarse el sentido interpretativo según el cual la jurisdicción especializada en lo militar pudiera entenderse como una jurisdicción desvinculada de los principios de unidad y exclusividad de la «función jurisdiccional», es decir, que pueda ser entendida como una institución que, dada su finalidad (solamente se encarga de juzgar delitos de la función militar), pudiese establecer una organización y funciones que se encuentren desvinculadas de aquellas que son propias de todo órgano que administra justicia. El poder jurisdiccional del Estado es uno solo. En un Estado Constitucional de Derecho existe una función de control que la Norma Fundamental ha otorgado al poder jurisdiccional frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

7. De igual modo, debe descartarse el sentido interpretativo según el cual el artículo 168° de la Constitución, que establece que “Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la

disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”, posibilitaría que la jurisdicción militar pudiese contar con un estatuto jurídico desvinculado de los principios que rigen la función jurisdiccional, toda vez que, como es evidente, la mencionada disposición constitucional está referida exclusivamente a la «administración» militar y policial, mas no a la «jurisdicción» especializada en lo militar.

8. Por ello, todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional (sea ordinario, constitucional, electoral, militar y, por extensión, los árbitros) debe respetar, mínimamente, las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional “efectiva” y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, *independiente e imparcial*, a la ejecución de resoluciones judiciales, entre otros derechos fundamentales. Como este Colegiado ha establecido en anterior oportunidad:

el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139); constitucional (artículo 202) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. <sup>[4]</sup>

Además, a todo órgano que tenga la potestad de administrar justicia le es de aplicación el artículo VI *in fine* del Código Procesal Constitucional

por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional. <sup>[5]</sup>

9. En segundo lugar, teniendo en cuenta que el artículo 138 de la Constitución establece que la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial, la excepción hecha a favor de la jurisdicción especializada en lo militar puede ser entendida como una excepción al ejercicio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial, lo que *no* implica, como ya se ha visto en los párrafos precedentes, que la jurisdicción especializada en lo penal militar pierda su naturaleza “jurisdiccional” y, como tal, se encuentre desvinculada de todos aquellos principios que rigen la función jurisdiccional. Al respecto, deben tenerse en cuenta dos aspectos de trascendental importancia. En primer lugar, por tratarse de una excepción en la Norma Fundamental, su interpretación debe realizarse siempre de modo restrictivo y no extensivo; y, en segundo lugar, que el Legislador, al organizar la jurisdicción militar, no puede desconocer aquellos principios constitucionales propios de los órganos que administran justicia.

10. Es necesario precisar que conforme al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, el *principio de unidad de la función jurisdiccional* implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución.

11. No se encuentra en discusión el hecho de que la jurisdicción especializada en lo militar tenga la peculiaridad de juzgar los delitos de la función militar. Sin embargo, al formar parte de un sistema judicial unitario, debe constituirse en cuanto tal con las mismas garantías procesales que posee la jurisdicción ordinaria.

12. Cosa distinta es distinguir cómo se organiza la función jurisdiccional del Estado. Como se ha evidenciado, esta función jurisdiccional es ejercida por el Poder Judicial, por el Tribunal Constitucional, por el Jurado Nacional de Elecciones y por la jurisdicción especializada en lo militar, entre otros. En el caso de los tres primeros órganos mencionados, el *principio de unidad de la función jurisdiccional* implica, a su vez, que *cada uno* de estos órganos deba sujetarse a un *estatuto jurídico básico y propio*, el que deberá asegurar la unidad funcional del sistema judicial, así como la *independencia judicial* y el *trato igualitario* a los jueces que se encuentren en el mismo nivel y jerarquía, esto es que no podría considerarse que cada uno de estos órganos constituye una unidad cuando en su interior existan diferentes estatutos jurídicos para sus miembros.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar –independientemente de que su ubicación se encuentre dentro o fuera del Poder Judicial–, deberá poseer garantías procesales no menores de las que existen en la jurisdicción ordinaria, así como un *estatuto jurídico* que procure la preservación de la *autonomía judicial* y el *trato igualitario* entre sus miembros. En caso de que el Legislador decida que sus instancias no se encuentren dentro del Poder Judicial, deberá dotarse a esta jurisdicción de un estatuto jurídico único para sus miembros. En el caso que el Legislador decida establecer que tales tribunales militares, o alguno de ellos, se encuentren dentro del Poder Judicial, estos deberán someterse, en su totalidad, al estatuto jurídico único que rige a los magistrados de éste órgano constitucional.

13. Como es de entender, las atribuciones jurisdiccionales, sea en sede judicial ordinaria, especial o cuasijurisdiccional administrativa, se encuentran vinculadas al principio jurídico de supremacía constitucional señalado en el artículo 51 de la Constitución, en sus dos vertientes: Fuerza normativa positiva, aplicando las normas legales en base a las

disposiciones constitucionales; y, fuerza normativa negativa, inaplicando la norma administrativa y/o legal que sea extraña a la Constitución. Pero, precisando que la calificación de lo inconstitucional radica en última instancia en esta sede constitucional concentrada, y que la inaplicación de una norma inconstitucional se producirá cuando exista jurisprudencia y/o precedentes vinculantes constitucionales, de conformidad con los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

14. Asimismo, cabe recordar, respecto del nivel de vinculación que debe existir entre el Poder Judicial y la jurisdicción especializada en lo militar, lo que este Colegiado ha sostenido en anterior oportunidad, en el sentido de que “(...) es competencia del Congreso de la República delinear, dentro de los márgenes de la Constitución y, por ende, con pleno respeto de los derechos fundamentales, la nueva estructura, organización y funcionamiento de la justicia militar, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución”. De otro lado, ha precisado que “(...) no es de su competencia establecer si el juzgamiento de los delitos de función, de acuerdo con la ley futura, deba realizarse por un tribunal militar completamente desvinculado de la jurisdicción ordinaria. La decisión sobre la intensidad y el alcance de la vinculación entre la jurisdicción ordinaria y la militar le corresponde al Congreso”<sup>[6]</sup>.

15. De otro lado, fuertemente vinculado con el principio de unidad se encuentra el mencionado *principio de exclusividad de la función jurisdiccional*. En general, conforme al primer y segundo párrafos del artículo 146 y al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, y como se desprende de lo expuesto en las aludidas sentencias de este Colegiado, este principio posee dos vertientes:

a) **Exclusividad judicial en su vertiente negativa:** se encuentra prevista en el artículo 146, primer y segundo párrafos, de la Constitución, según la cual los jueces no pueden desempeñar otra función que no sea la jurisdiccional, salvo la docencia universitaria. En efecto, en el desarrollo de la función jurisdiccional los jueces sólo pueden realizar esta función, no pudiendo laborar en ninguna otra actividad ya sea para el Estado o para particulares, es decir, que un juez, a la vez que administra justicia, no puede desempeñar otros empleos o cargos retribuidos por la administración pública o por entidades particulares. Esta vertiente del *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* se encuentra directamente relacionada con el *principio de imparcialidad de la función jurisdiccional*, pues tiene la finalidad de evitar que el juez se parcialice en defensa del interés de una determinada entidad pública o privada.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* implica, en su vertiente negativa, que los jueces militares no puedan desempeñar ninguna otra función que no sea la jurisdiccional para el conocimiento de materias como los delitos de la función exclusivamente castrense, salvo la docencia universitaria, es decir, no podrán desempeñar ninguna función de

carácter administrativo militar o de mando castrense, entre otras.

b) **Exclusividad judicial en su vertiente positiva:** se contempla en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución, según el cual sólo el Poder Judicial puede ejercer función jurisdiccional, salvo el caso de las excepciones ya mencionadas del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la jurisdicción militar, entre otros. En otras palabras, en un Estado Constitucional de Derecho, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo pueden arrogarse la función jurisdiccional, pues, como se ha mencionado, esta actividad le corresponde exclusivamente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones y a la jurisdicción militar, entre otros.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* implica, en su vertiente positiva, que sólo los jueces de la jurisdicción especializada en lo militar –ya sea que esta se encuentre dentro o fuera del Poder Judicial– podrán conocer los denominados “delitos de la función militar”.

## **1.2. El principio de independencia de la función jurisdiccional. La separación entre las funciones jurisdiccionales y las administrativas**

16. Tal como ya se ha mencionado, el *principio de unidad de la función jurisdiccional* tiene como una de sus principales funciones garantizar la independencia de los órganos que administran justicia. Como tal, la independencia judicial se constituye en uno de los principios medulares de la función jurisdiccional, sin la cual simplemente no se podría sostener la existencia de un Estado de Justicia.

17. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto



normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar [“es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa”]; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada –como la militar– posibilite tal actuación. <sup>[7]</sup>

18. De lo expuesto se desprende, entre otros aspectos, que el *principio de independencia de la función jurisdiccional* tiene dos dimensiones:

a) **Independencia externa.** Según esta dimensión, 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, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, 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 ésta.

En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentran en similar nivel y jerarquía, entre otros casos.

Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el principio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146 inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...)”; y “El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”, respectivamente.

De otro lado, es importante precisar que lo expuesto en los párrafos precedentes no implica que la actuación de los jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometida a crítica. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 139, inciso 20, de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho “de formular análisis y

críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley”; y del artículo 2, inciso 4, del mismo cuerpo normativo, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades e instancias. Sobre la denominada “crítica social”, Luigi Ferrajoli ha sostenido:

Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia, y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial.<sup>[8]</sup>

Tal derecho a la crítica de las resoluciones judiciales también tiene límites, entre los que destaca, entre otros, que esta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a esta.

b) **Independencia interna.** De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el *principio de independencia judicial* prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso.

En cuanto al segundo punto, el *principio de independencia judicial* implica, en primer término, 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 proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa, entonces resulta evidente que, para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure, debe suspender sus actividades de

naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros.

19. Finalmente, cabe precisar que, en general, “[e]l sometimiento del juez a la ley supone su *no sometimiento* a cualquier otra voluntad, incluida la suya propia, en forma de preferencias personales (lo que más bien podría denominarse *imparcialidad*). En realidad, la justificación del juez como *tercero imparcial* se reconduce a la justificación del juez en cuanto sujeto a la ley. Todas las garantías del proceso se orientan a que se haga posible la realización de la voluntad de la ley, eliminando aquellas distancias que pudieran resultar de la falsificación, o supresión, de los supuestos en los que la aplicación de la ley debía basarse”.<sup>[9]</sup>

### 1.3. Principio de imparcialidad de la función jurisdiccional y la estructura de la jurisdicción especializada en lo militar

20. En la mencionada sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional estableció que mientras el principio de independencia judicial, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas al proceso, ya sea que provengan de fuera de la organización o de dentro de ella, el *principio de imparcialidad*, estrechamente ligado al *principio de independencia funcional*, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso<sup>[10]</sup>. El *principio de imparcialidad* posee dos acepciones:

a) **Imparcialidad subjetiva.** Se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso. El caso de la jurisdicción especializada en lo militar constituye un supuesto especial en el que se pueden presentar serios inconvenientes para la imparcialidad. Así pues, “El riesgo reside en el grado y en el distintivo militar, peligroso según Venditti para la formación de la voluntad judicial; puesto que el militar en tanto que integrante de una jerarquía, es llevado por su propia naturaleza y *forma mentis* a ser sensible a las directrices superiores. La extracción militar de todos los miembros de la jurisdicción militar puede provocar el predominio de sentimientos, tales como el espíritu de casta o la defensa de los intereses castrenses. (...) Más allá de las causas previstas legalmente como posibles atentados a la imparcialidad del juez, el entorno de la justicia militar puede arrastrar al juez a resolver los asuntos con parcialidad por la especial situación de juez y parte con que ejerce su función. Esta parcialidad se nutre de valores militares como la jerarquía, disciplina, obediencia y subordinación, pero especialmente el de unidad”<sup>[11]</sup>.

b) **Imparcialidad objetiva.** Está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no

ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

De este modo, no puede invocarse el *principio de independencia* en tanto existan signos de parcialidad, pues según el entero del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual comparte este Colegiado: “[Un] Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...); debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)”.

[12]

21. Es importante mencionar que, si bien los principios de independencia e imparcialidad judicial constituyen componentes esenciales de la función jurisdiccional, estos poseen una doble configuración, pues también constituyen garantías para las partes procesales.

#### **1.4. El derecho a un juez independiente e imparcial como contenido del derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”**

22. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Como tal, constituye un derecho, por decirlo de algún modo, "genérico" que se descompone en un conjunto de derechos específicos enumerados, principalmente, en el mencionado artículo, o deducidos implícitamente de él. Entre estos derechos cabe destacar, entre otros, el derecho a un juez independiente e imparcial.

23. La independencia y la imparcialidad del juzgador no sólo constituyen principios y garantías de la administración de justicia, sino también una garantía para quienes acuden a los órganos jurisdiccionales en busca de justicia. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo en una anterior oportunidad, que "Debe tomarse en cuenta que si bien, *prima facie*, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, estas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión"

[13]

. Ello coincide con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 8.1 dispone que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

24. Por ello, cuando se vulneran principios como la independencia o imparcialidad del juzgador, también se afecta el derecho a un juez independiente e imparcial y consecuentemente, la tutela jurisdiccional "efectiva". En el caso de los miembros de las fuerzas armadas y policiales militares y policiales, ellos gozan, como todo ciudadano, del derecho a que el Estado les proporcione todas las garantías que les asegure un proceso debido. En ningún caso, se puede equiparar el ámbito de la «administración militar» en el que imperan los principios de orden y disciplina, entre otros, con el ámbito de la «jurisdicción militar», en el que imperan la Constitución –que reconoce, entre otros, el derecho a la tutela jurisdiccional "efectiva"– y la ley que sea expedida conforme a ella.

Una vez analizados los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, en relación con la jurisdicción especializada en lo militar, toca ahora examinar la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas.

## **§2. Control de constitucionalidad de fondo de las disposiciones cuestionadas**

### **A. La regulación de los órganos de la jurisdicción militar, los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad judicial y la garantía de inamovilidad**

#### **2.1. Los principios de unidad e independencia judicial y la regulación de la Sala Suprema Penal Militar Policial y del Consejo Superior Penal Militar Policial**

##### **a) Los artículos 139, inciso 1, 141 y 173, de la Constitución y las competencias del Legislador en la regulación de la jurisdicción especializada en lo militar**

25. Antes de analizar la constitucionalidad de las disposiciones que regulan la creación y regulación de la Sala Suprema Penal Militar Policial, cabe examinar en conjunto los artículos 141 y 173, de la Constitución, con objeto de determinar su contenido constitucional en lo que se refiere a la competencia de la jurisdicción especializada en lo militar. Los mencionados artículos de la Norma Fundamental establecen lo siguiente:

##### Artículo 141.- Casación

“Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las *limitaciones* que establece el artículo 173.” [énfasis agregado]

##### Artículo 173.- Competencia del Fuero Privativo Militar

“(…) La casación a que se refiere el artículo 141 *sólo* es aplicable cuando se imponga la pena de muerte” [énfasis agregado]

26. Ambos artículos, interpretados conjuntamente, establecen que la Corte Suprema de Justicia de la República conoce de las resoluciones expedidas en dos jurisdicciones: la y

*militar* y la *ordinaria*. En cuanto a la jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema puede fallar en casación o en última instancia, y en cuanto a la jurisdicción especializada en lo militar, la Corte Suprema puede fallar en casación cuando se trate de resoluciones en las que se haya impuesto la pena de muerte, conforme a las leyes y los tratados de derechos humanos de los que el Perú es parte.

27. Como se aprecia, en lo que se refiere a la jurisdicción especializada en lo militar, la Constitución ha impuesto un límite a la potestad del Legislador cuando se trate de regular esta jurisdicción: que en *materia* de casación la Corte Suprema (en tanto que jurisdicción ordinaria y expresión del poder jurisdiccional civil) revisará aquellas resoluciones en las que el poder jurisdiccional militar haya aplicado la pena de muerte. Al respecto, es menester hacer algunas precisiones:

- i) En primer lugar, que los mencionados extremos de los artículos 141° y 173° consagran una *competencia “material”* de la Corte Suprema, al otorgarle la competencia sobre una materia como es la aplicación de la pena de muerte. En otros términos, esta disposición constitucional tiene por finalidad que, en los casos de pena muerte, el poder jurisdiccional “civil” (mediante una Sala de la Corte Suprema en la que no participe ningún magistrado de la jurisdicción militar) pueda revisar lo resuelto por el poder jurisdiccional “militar”.
- ii) Lo antes expuesto no impide que el Legislador, atendiendo a su potestad de libre configuración, pueda establecer una Sala Penal Militar dentro la Corte Suprema de Justicia de la República, y que esta Sala pueda constituirse en un órgano de casación o de instancia de la jurisdicción militar, entre otras opciones. Analicemos esto con mayor detalle:
  - Atendiendo a la potestad de libre configuración del Legislador y a lo estipulado por el artículo 139, inciso 6, de la Constitución, que reconoce el principio de pluralidad de la instancia, el Legislador tiene la libertad de determinar las respectivas instancias de la jurisdicción militar. En efecto, no es incompatible con la Constitución que el Legislador, en el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, pueda establecer en la Corte Suprema una Sala Penal que conozca en última instancia de los delitos de la función militar.
  - Asimismo, atendiendo a la mencionada potestad de libre configuración del Legislador, éste puede establecer, como *competencia orgánica*, una Sala Penal Militar de la Corte Suprema para el conocimiento, vía recurso de casación, de lo resuelto en la jurisdicción militar. Esto último requiere, evidentemente, de la diferenciación entre la “competencia material” y la “competencia orgánica” de la Corte Suprema de Justicia de la República para conocer el recurso de casación respecto de la jurisdicción militar. En cuanto a la “competencia material”, como ya se ha adelantado, esta se desprende de una interpretación conjunta de los extremos

finales de los artículos 141 y 173 de la Constitución, que señalan que la Corte Suprema conocerá en casación aquellos casos en los que se haya impuesto la pena de muerte. De este modo, se impone una revisión por parte del poder jurisdiccional “civil” respecto de la pena de muerte aplicada por el poder jurisdiccional “militar”. En cambio, en la “competencia orgánica”, el Poder Legislativo, conforme a sus atribuciones constitucionales, al diseñar la organización de la jurisdicción “militar”, le puede otorgar a la Corte Suprema, mediante una sala especializada, la competencia para conocer el recurso de casación contra las resoluciones que se expidan en la jurisdicción militar. En este caso, no se trata de la revisión “civil” de la pena de muerte aplicada por la jurisdicción “militar”, sino de la organización de esta por parte del Legislador, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales.

28. Finalmente, cabe precisar que cuando este Colegiado ha establecido que “La decisión sobre la intensidad y el alcance de la vinculación entre la jurisdicción ordinaria y la militar le corresponde al Congreso”<sup>[14]</sup>, no lo ha hecho en el supuesto de si debe existir, o no vinculación entre el Poder Judicial y la jurisdicción especializada en lo militar, puesto que, como ya se ha sostenido, queda claro, de una interpretación conjunta de los artículos 139.1, 141 y 173 de la Constitución, que *esta vinculación ya existe*. Lo que el Tribunal Constitucional ha destacado, atendiendo a las competencias constitucionales atribuidas del Congreso de la República, es que este, conforme a su potestad de libre configuración, regule el nivel de intensidad y alcance de la vinculación entre el Poder Judicial (mediante su Corte Suprema, por ejemplo) y la jurisdicción especializada en lo militar.

## **b) Análisis de constitucionalidad de las disposiciones que regulan la denominada Sala Suprema Penal Militar Policial**

29. Seguidamente, corresponde analizar las disposiciones que crean y regulan la Sala Suprema Penal Militar Policial y verificar si vulneran los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Las disposiciones cuestionadas al respecto son las siguientes:

### Artículo 8.- Sala Suprema Penal Militar Policial

La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Penal Militar Policial, *sujeta* a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial y *las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica*. [énfasis agregado]

### Artículo 9.- Competencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial

Compete a la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República:

1. Conocer del recurso de casación conforme a lo establecido en la Constitución. (...)
6. Dirimir las cuestiones de competencias, en relación con los delitos de función, así como los conflictos sobre atribuciones que se presenten entre órganos de esta jurisdicción especializada; en los casos de cuestiones de competencias, corresponde actuar como Vocal

ponente a cualquiera de los Vocales Supremos proveniente de la Jurisdicción Ordinaria.  
7. Designar entre los nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, al Vocal Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, a los Vocales de cada una de las Salas y al Vocal Instructor. (...)

#### Artículo 10.- Integrantes

10.1: 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*; los mismos que pasan a la situación de retiro en la fecha de su nombramiento, con el grado militar o policial que ostenten; y dos (2) Vocales provenientes de la jurisdicción ordinaria. [énfasis agregado]

#### Artículo 14.- Condición de Vocal Supremo

Al asumir el cargo de Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial, el magistrado del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial adquiere la condición de Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República *para todos los efectos*, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 10.1. [énfasis agregado]

### **Apreciaciones de la demandante**

30. La demandante ha sostenido que “la unidad afirma la propiedad de todo ente, en virtud de lo cual no puede dividirse ni separarse sin que su esencia se destruya o altere. En el caso del Poder Judicial, importa que todos los jueces se sujeten a un estatuto orgánico único, el que será de tal naturaleza y características que garantice su independencia. El principio de unidad y el principio de independencia no son ajenos entre sí, están íntimamente imbricados; el primero es un elemento esencial de la independencia judicial. En tanto el Poder Judicial sea un ente orgánico, cohesionado, jerarquizado y con una sola cabeza directriz, podrá decirse que está en aptitud de ser independiente. Pero si –como hace la Ley– se introduce en él un cuerpo extraño, ajeno a su organización, el principio de unidad desaparece y se abren las puertas para minar su independencia”.

### **Apreciaciones del demandado**

31. El apoderado del Congreso de la República sostiene que la “composición de la Sala Suprema Penal Militar Policial responde a un factor de especialización con base constitucional en las funciones que corresponden a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú, lo que no quiere decir que se desconozcan cuestiones de Derecho, si se tienen en cuenta las exigencias y la formación jurídica de los Vocales del Cuerpo Jurídico Militar Policial” y, además, que “En su condición de Vocales Supremos, resulta lógico que los Magistrados del Cuerpo Jurídico Militar Policial ya no sólo puedan, sino que deban intervenir con voz y voto en la Sala Plena de la Corte Suprema en asuntos de la jurisdicción ordinaria, más aún si se considera que la vinculación entre la Jurisdicción Militar Policial y el Poder Judicial se produce en instancia”.

### **Apreciaciones del Tribunal Constitucional**



32. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional comparte los argumentos esgrimidos por la demandante pues, como ya se ha expuesto, el principio de unidad de la función jurisdiccional implica también que órganos como el Poder Judicial deban contar con un estatuto jurídico propio y único, de modo tal que se logre preservar la independencia del juez, así como la vigencia del principio de igualdad, que en una de sus manifestaciones, implica un trato igual para los iguales. Las diferencias que pudieran existir entre los jueces dentro de su estatuto jurídico deberán encontrarse justificadas y ser proporcionales y razonables con el fin que se pretende, pues de lo contrario tal diferenciación, además de convertirse en una discriminación prohibida por la Constitución (artículo 2.2), vulneraría el principio de unidad de la función jurisdiccional (artículo 139 inciso 1).

33. De este modo, si bien no es incompatible con la Constitución el extremo del artículo 8 de la Ley 28665, en cuanto establece que la Corte Suprema de Justicia de la República cuente con una Sala Suprema Penal Militar Policial (tal como también lo dispone el artículo 1.1), la misma que se encuentra sujeta a la Constitución y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, sí lo es el extremo en el cual dispone que la aludida Sala Suprema se encuentre “sujeta” a lo dispuesto en la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, pues vulnera los principios de unidad e independencia de la función jurisdiccional, además del principio de igualdad.

34. En general, puede afirmarse que el estatuto jurídico básico del Poder Judicial es precisamente su Ley Orgánica (Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS), estatuto jurídico cuya existencia no solo viene exigida por el principio de unidad de la función jurisdiccional (artículo 139.1, Const.), sino porque así lo dispone el artículo 106° de la Constitución al establecer que “Mediante *leyes orgánicas* se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución”, así como el artículo 143, cuando dispone que “El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine *su ley orgánica*”. [énfasis agregado]

35. De esta manera, se vulnera el principio de unidad de la función jurisdiccional y, consecuentemente, el principio de independencia judicial 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 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 magistrados. No podría considerarse que el Poder Judicial constituye una institución unitaria e independiente cuando en su interior existen diferentes regímenes jurídicos básicos de organización y de tratamiento de sus integrantes. En consecuencia, es inconstitucional el extremo del artículo 8 de la Ley 528665, en cuanto somete a la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República a un régimen especial distinto a aquel establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

36. Asimismo, por idéntica razón a las expuestas en los párrafos precedentes es inconstitucional, en parte, la Cuarta Disposición Modificatoria y Derogatoria de la Ley 28665, en cuanto modifica el artículo 30 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, agregando un segundo párrafo que dispone 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”. [énfasis agregado]

37. Como se aprecia, mediante tal disposición se modifica el estatuto orgánico del Poder Judicial, *no* con la finalidad de establecer el modo en que debería conformarse una de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia o como debería elegirse al presidente de la referida sala, sino con objeto de establecer que tales aspectos básicos serán regulados en un estatuto jurídico especial. No se evidencian razones que justifiquen el hecho de que dentro del Poder Judicial, existan dos estatutos jurídicos distintos en cuanto a su organización básica: uno general, para regular la conformación de las salas supremas y la elección de los presidentes de las mismas; y otro especial, para regular la conformación de la Sala Penal Militar Policial y la elección de su presidente. La única diferencia existente entre una Sala Suprema Penal y una Sala Suprema Penal Militar es que esta conoce los delitos de la función militar; por lo tanto, en este aspecto no se justifica la existencia de un régimen especial dentro del Poder Judicial.

38. De igual modo, es inconstitucional el extremo de la Sexta Disposición Complementaria de la Ley 28665, en cuanto establece que el Poder Ejecutivo se encargará, mediante la expedición de un Decreto Supremo, de aprobar el Reglamento de la mencionada ley, pues vulnera el principio de independencia judicial, además del principio de separación de poderes.

39. Por otra parte, cabe destacar, en lo que se refiere a la conformación de la denominada Sala Suprema Penal Militar Policial, que el cuestionado artículo 10 de la Ley 28665 establece que los integrantes de esta sala deberán provenir “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial”. Asimismo, el artículo 12.3 de la referida ley establece 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”; y el artículo 14 de la misma ley dispone que

el Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial que proviene del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, “adquiere la condición de Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República *para todos los efectos*”. [énfasis agregado]

40. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que los citados extremos son inconstitucionales por vulnerar los principios de unidad e independencia de la función jurisdiccional del Poder Judicial, el principio de igualdad, así como las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), toda vez que, además de encontrarse establecidos en un estatuto jurídico “especial”, 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, mediante un concurso “público” realizado sólo 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 temporal.

41. No es incompatible con la Constitución que el Legislador establezca que todos los magistrados titulares de la Corte Suprema de Justicia deban tener los mismos derechos, obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades y responsabilidades, tal como sucede con la Ley Orgánica del Poder Judicial; por el contrario, ello es necesario para garantizar la unidad e independencia de esta instancia del Poder Judicial, además de la igualdad en el régimen jurídico de los magistrados que la integran. Lo que es incompatible con la Constitución es que se establezcan normas como las contenidas en determinados extremos de los artículos 10, 12.3 y 14 de la Ley 28665, que, vulnerando las atribuciones del CNM, le otorguen tales derechos y obligaciones a personas que no han sido nombradas conforme a los preceptos de la Norma Fundamental y cuya designación es de carácter temporal y transitoria.

42. En efecto, los artículos 150 y 154 inciso 1, de la Constitución estipulan que el Consejo Nacional de la Magistratura “se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales”, y de “Nombrar, *previo concurso público de méritos* y evaluación personal, a los *jueces y fiscales de todos los niveles (...)*”. [énfasis agregado] Los cuestionados extremos de los artículos 10 y 12, desnaturalizan las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que establecen que este solo podrá realizar el concurso “publico” de méritos y la evaluación personal exigidos por la Constitución con los postulantes que formen parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial y ostenten el grado de General de Brigada o su equivalente; es decir, que en el caso de la elección de los integrantes de la Sala Suprema Penal Militar Policial, el Consejo solo podrá realizar el concurso “público” con los integrantes de una entidad como el denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial.

43. No se pone en tela de juicio la necesidad de que los órganos judiciales de la jurisdicción especializada en lo militar deban contar con profesionales del Derecho especialistas en la materia penal militar, sino el que se obligue al Consejo Nacional de la

Magistratura a realizar un concurso “público” solo con los integrantes del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, generando una situación que limita las funciones del mencionado órgano constitucional y, además, limita desproporcionada e irrazonablemente el ejercicio de derechos fundamentales (como el de igualdad en el acceso a los cargos públicos o la libertad de trabajo) de quienes, teniendo una formación jurídico militar idónea para desempeñar la función jurisdiccional en materia penal militar, no son miembros del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar. Es importante destacar que el Consejo Nacional de la Magistratura es el órgano encargado, conforme a sus atribuciones constitucionales, de establecer los requisitos y condiciones que deben reunir quienes postulen a la jurisdicción especializada en lo militar, garantizando, en todo caso, que se disponga de profesionales que posean una óptima formación jurídico-militar, sin perjuicio de que, más adelante se examinen con mayor profundidad, las disposiciones relacionadas con las competencias del Consejo.

44. Asimismo, directamente relacionado con lo expuesto sobre el precitado inciso 1, del artículo 10, también es inconstitucional el inciso 2, del artículo 10, de la Ley 28665, por vulnerar el principio de unidad de la función jurisdiccional, toda vez que la elección del Presidente de la Sala Suprema Penal Militar Policial debe realizarse conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial que es precisamente el órgano constitucional al cual pertenece la mencionada Sala Suprema Penal Militar Policial.

45. Por otra parte, el Tribunal Constitucional estima que son inconstitucionales un extremo del inciso 6, y el inciso 7, del artículo 9, así como el inciso 5, del artículo 17 de la Ley 28665. En cuanto al extremo del inciso 6, que establece que la Sala Suprema Penal Militar Policial dirime las cuestiones de competencia que se susciten sobre el conocimiento de los delitos de función, este es inconstitucional porque tal asunto constituye una competencia material propia de la jurisdicción ordinaria y no de la jurisdicción militar. Si como lo establecen los artículos I del Título Preliminar, 1, inciso 1 y 8 de la Ley 28665, la mencionada Sala Suprema forma parte de la jurisdicción militar, entonces es inadmisibles que sea esta misma jurisdicción la que vaya a dirimir aquellas contiendas en las que se discuta precisamente la competencia de la jurisdicción militar para conocer de los delitos de función. Determinar la competencia 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 artículo 139, inciso 2, de la Constitución.

46. En concordancia con lo expuesto por el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, coincidentemente ha sostenido que “la configuración excepcional o restrictiva que hace la Constitución de la justicia castrense, determina de manera directa que la justicia ordinaria y sus órganos se conviertan o actúen como *jurisdicción atrayente* respecto de aquella. De este modo, ante dudas o conflictos entre ambos, debe prevalecer la justicia ordinaria. En esa medida, corresponde a los órganos de la justicia ordinaria dirimir los

conflictos de jurisdicción con la Justicia Militar, a efectos de preservar la configuración excepcional que hace la Constitución de esta especialidad, así como las reglas de competencia generales establecidas para la justicia ordinaria. Lo contrario, es decir, que los órganos excepcionales diriman los conflictos de jurisdicción con los órganos ordinarios, supondría desconocer la excepcionalidad constitucional de la justicia castrense, toda vez que serían sus órganos los que decidirían su competencia frente a la justicia ordinaria”. <sup>[15]</sup>

47. En cuanto al inciso 7, del artículo 9 y al inciso 5, del artículo 17, que disponen que la Sala Suprema Penal Militar Policial es competente para designar, entre los nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, al Vocal Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, a los Vocales de cada una de las Salas y al Vocal Instructor, ellas son inconstitucionales por vulnerar el principio de independencia judicial (dimensión interna), toda vez que la Sala Suprema Penal Militar Policial se encuentra imposibilitada de realizar tal designación, pues al constituir un órgano de un nivel jurisdiccional superior al mencionado Consejo y tener el poder de revisar las decisiones jurisdiccionales de este, la realización de tales actos administrativos (designaciones del Presidente del Consejo Superior Militar Policial y Vocales de este Consejo) crea un vínculo de dependencia respecto de tales órganos jurisdiccionales inferiores. Por la misma razón, son inconstitucionales el inciso 1, del artículo 36 de la Ley 28665, y por conexión, los incisos 2 y 3 del mencionado artículo, por cuanto otorga a órganos jurisdiccionales de nivel superior la competencia para cautelar el “cumplimiento de las labores *jurisdiccionales*” de órganos de nivel inferior.

48. Finalmente, en cuanto al inciso 1 del artículo 9 de la Ley 28665, que otorga a la Sala Suprema Penal Militar Policial el conocimiento del recurso de casación, el Tribunal Constitucional estima que esta disposición no es inconstitucional siempre y cuando sea interpretada en el sentido de que el recurso de casación que pueda conocer esta sala no sea el relativo a la aplicación de la pena de muerte, pues, como ya se ha expuesto, ésta constituye una competencia “material” de la jurisdicción ordinaria, y no de la jurisdicción militar, debiendo ser interpretado más bien en el sentido de que el mencionado recurso de casación que pueda conocer esta sala sea aquel que pueda regular el Legislador como competencia “orgánica” de la jurisdicción militar.

49. Como se aprecia, en el caso de la disposición examinada, antes que declarar su inconstitucionalidad, este Colegiado ha realizado, conforme a su naturaleza de órgano jurisdiccional, una actividad interpretativa encaminada a identificar los diferentes sentidos interpretativos (normas) que tiene esta disposición. Ello implica que en este extremo se deba expedir una sentencia interpretativa con el fin de no expulsar del ordenamiento jurídico la disposición cuestionada. Veamos esto con mas detalle.

### **El inciso 1 del artículo 9 de la Ley 28665 y la necesidad de expedir una sentencia interpretativa**

50. Previamente, este Colegiado debe precisar que en todo precepto legal se debe distinguir entre los términos “disposición” y “norma”, entendiendo por el primero aquel texto, enunciado lingüístico o conjunto de palabras que integran el precepto, y, por el segundo el sentido interpretativo que se pueden deducir de la disposición o de parte de ella.

51. Esta distinción no implica que ambos puedan tener una existencia independiente, pues se encuentran en una relación de mutua dependencia, no pudiendo existir una norma que no encuentre su fundamento en una disposición, ni una disposición que, por lo menos, no albergue una norma.

52. Esta posibilidad de que el Tribunal Constitucional distinga entre “disposición” y “norma” cuando se trata del proceso de inconstitucionalidad es el presupuesto básico de las denominadas *sentencias interpretativas*, cuyo fundamento, tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el Expediente 0010-2002-AI/TC, radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no vulnerar el principio básico de supremacía constitucional.

53. Las sentencias interpretativas recaen normalmente sobre disposiciones de las que se pueden extraer varios sentidos interpretativos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar la constitucionalidad de todas aquellas normas que se desprenden de la disposición cuestionada con la finalidad de verificar cuáles se adecuan a la Constitución y cuáles deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

54. Conforme a ello, toca ahora analizar los sentidos interpretativos (normas) que posee el inciso 1 del artículo 9 de la Ley 28665 (disposición). La mencionada disposición establece lo siguiente:

Artículo 9.- Competencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial  
Compete a la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República:

1. Conocer del recurso de casación conforme a lo establecido en la Constitución.

55. Este Colegiado estima que la aludida disposición, que establece una competencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial, posee mínimamente dos sentidos interpretativos:

Norma 1: El recurso de casación que puede conocer esta sala es aquel que procede cuando se haya aplicado la pena de muerte, ámbito que constituye una competencia “material” de la jurisdicción ordinaria.

Norma 2: El recurso de casación que puede conocer esta sala es aquel que procede en el estricto ámbito de la jurisdicción militar y que haya sido regulado por el Legislador como competencia “orgánica” de esta jurisdicción.

56. Efectuado el análisis de constitucionalidad de estas dos normas (Norma 1 y Norma 2), este Colegiado estima que la Norma 1 es inconstitucional por vulnerar el extremo final del artículo 173 de la Constitución que establece como competencia material de la jurisdicción ordinaria, el conocimiento, mediante el recurso de casación, de los casos en los que se haya aplicado la pena de muerte, por lo que resultaba prohibido para el Legislador otorgar el conocimiento de estos casos a la jurisdicción militar.

57. No sucede lo mismo con la Norma 2, que este Colegiado estima compatible con la Constitución, toda vez que, dentro del ámbito propio de la jurisdicción militar, el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, puede establecer como competencia “orgánica” de la Sala Suprema Penal Militar el conocimiento del recurso de casación en aquellos casos en que se trate de los delitos de la función militar.

58. Como se observa, en virtud del principio de conservación de la norma, este Colegiado ha optado por no declarar la inconstitucionalidad del inciso 1 del artículo 9 de la Ley 28665, de modo tal que esta tendrá vigencia en la medida en que se interprete conforme a la mencionada Norma 2, mas no cuando se interprete según a la Norma 1.

**c) El Consejo Superior Penal Militar Policial, el conocimiento de los procesos constitucionales y las funciones de naturaleza administrativa**

59. Corresponde ahora analizar, en primer lugar, la constitucionalidad del inciso 7 del artículo 15 de la Ley 28865, que establece lo siguiente:

Artículo 15.- Consejo Superior Penal Militar Policial

15.7 Conoce de las acciones de garantía establecidas en el Código Procesal Constitucional.

60. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 15, inciso 7, de la Ley 28665 es inconstitucional por vulnerar el artículo 173 de la Constitución que, como ya se ha mencionado, establece el ámbito de competencia material de la jurisdicción especializada en lo militar. En efecto, la referida disposición constitucional ha establecido que la única materia que puede conocer la jurisdicción militar se encuentra limitada al conocimiento de los procesos penales en los que se verifique la comisión de delitos de la función militar, por lo que el Legislador se encuentra prohibido de otorgar a esta jurisdicción la competencia para conocer cualquier otro tipo de materias, incluidos, claro está, los procesos constitucionales en los que se verifica la amenaza o vulneración de derechos fundamentales (procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data) y el control de las leyes o normas de rango legal (procesos de inconstitucionalidad de acción popular), o el conflicto entre poderes del Estado o entre órganos constitucionales (proceso competencial), cuya tramitación ha sido confiada a la jurisdicción constitucional.

61. De otro lado, corresponde ahora examinar determinadas disposiciones que establecen

competencias administrativas del Consejo Superior Militar Policial. En cuanto al cuestionamiento del artículo 15, inciso 3, de la Ley 28665, que establece que el Consejo Superior Penal Militar Policial “Organiza a través de la Gerencia Administrativa, los aspectos administrativos, presupuestales y económicos financieros, que faciliten la gestión de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, este Colegiado estima que no vulnera los principios de unidad e independencia judicial, toda vez que tales funciones administrativas son realizadas por la propia organización judicial y no por el Poder Ejecutivo, además de no resultar desproporcionadas e irrazonables.

62. Por la misma razón, no son inconstitucionales el artículo 15, inciso 4, en cuanto dispone que el Consejo Superior Penal Militar Policial aprueba la organización territorial de las salas y el artículo 80, que crea una gerencia administrativa para el ejercicio de determinadas funciones administrativas atribuidas al mencionado Consejo.

63. No sucede lo mismo en el caso del primer y segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria de la Ley 28665, que establece que la jurisdicción especializada en materia penal militar policial constituye pliego presupuestal adscrito al sector Poder Judicial y que el titular de este pliego es el Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, por vulnerar los principios de unidad e independencia de la función jurisdiccional, toda vez que si bien el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, ha optado por crear una Sala Suprema Penal Militar Policial dentro de la Corte Suprema de Justicia de la República –independiente del ámbito de competencia del Consejo Superior Militar Policial– entonces esta Sala Suprema no puede encontrarse supeditada, en materia de presupuesto, a lo que disponga el mencionado Consejo Superior. Al encontrarse dentro del Poder Judicial, la Sala Suprema Penal Militar Policial debe encontrarse sometida a las normas básicas establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tanto, el Tribunal Constitucional estima que el primer y segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria de la Ley 28665 son inconstitucionales.

## **2.2. Los principios de independencia e imparcialidad judicial y la participación de “oficiales en actividad” en la jurisdicción especializada en lo militar**

64. Así también, la demandante ha sostenido que los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional también son vulnerados por las siguientes disposiciones, entre otras:

16.1 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*, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen. (...) [énfasis agregado]

### **Apreciaciones de la demandante**

65. La demandante sostiene que las disposiciones cuestionadas establecen que los



miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial se encuentran en situación de actividad mientras ocupan el cargo de jueces y vocales. Señala que al seguir en situación de actividad los miembros de las instituciones castrenses respetan principios como los de obediencia, jerarquía y autoridad, los cuales resultan incompatibles con las disposiciones constitucionales que establecen los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional.

### **Apreciaciones del demandado**

66. Al respecto, el demandado arguye, en primer lugar, que al ser la jurisdicción especializada en lo penal militar policial totalmente ajena a la del Poder Judicial, no puede vulnerar los principios de independencia e imparcialidad. Asimismo, aduce que el Cuerpo Judicial Militar Policial está conformado por militares y policías en actividad, pero que no son oficiales de armas, es decir de carrera, sino que se trata de miembros de las instituciones castrenses con formación jurídica y militar.

### **Apreciaciones del Tribunal Constitucional**

67. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar lo establecido en la sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC, en la que precisó que “(...) el hecho de que los tribunales militares sean conformados en su mayoría por ´oficiales en actividad`, vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales (...). El juzgamiento de tales ilícitos, y la eventualidad de que allí se dicten resoluciones judiciales que priven temporalmente de la libertad, exige, pues, que este sea realizado por jueces en los que no exista ninguna duda de sus condiciones de imparcialidad e independencia, ínsitas a cualquiera que ejerza funciones jurisdiccionales en nombre del pueblo”. [\[16\]](#)

68. A lo antes expuesto por este Colegiado, cabe agregar las siguientes consideraciones:

Ø A fin de proteger los principios de independencia e imparcialidad judicial, 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), 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.

Ø No se trata, en este caso, de negar la legítima aspiración de un oficial en actividad a

formar parte de la función jurisdiccional del Estado, en la especialidad militar, sino más bien de una exigencia según la cual para que un oficial-abogado pueda desempeñarse como juez militar, debe desvincularse *completamente* del servicio militar, así como de los derechos y beneficios que posee dentro de la administración militar o policial. En efecto, no se podría afirmar que un juez especializado en lo penal militar es independiente e imparcial si existe la posibilidad de que este reciba, por ejemplo, beneficios asistenciales de salud, educación, vivienda y bienestar, por parte de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional (como lo dispone la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley 28665), o que se establezcan disposiciones como la contenida dentro de la Segunda Disposición Transitoria de la aludida ley: “Los oficiales designados temporalmente para desempeñar funciones en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, *pueden presentarse al proceso de ascenso al grado inmediato superior de su respectiva institución* y de obtenerlo, deben continuar desempeñando la misma función para la que fueron designados temporalmente” [resaltado agregado], disposición que es similar en el caso de los fiscales (Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665). Simplemente, estas disposiciones atentan contra la independencia e imparcialidad de las que debe estar investido todo juez de la República. Para evitar tales atentados a la independencia e imparcialidad, se exige que todos los jueces, independientemente de su especialidad (penal, penal militar, civil, comercial, etc.), deban gozar de un estatuto jurídico único que les otorgue similares derechos y obligaciones (remuneraciones, beneficios sociales y asistenciales, entre otros) a quienes se encuentren en el mismo nivel y jerarquía.

Ø A diferencia de los órganos de la «administración militar», los órganos de la «jurisdicción militar» no pueden orientarse, entre otros, por los principios de obediencia y subordinación. En efecto, la «*administración militar*» tiene una importante misión constitucional que se ve reflejada en el artículo 165 de la Constitución que establece que las Fuerzas Armadas tienen como finalidad primordial “garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República”, para cuyo cumplimiento se requiere de un indispensable sistema disciplinario que impone la obediencia y subordinación de los efectivos militares de nivel inferior respecto de los efectivos militares de nivel superior, de modo tal que se pueda conseguir la máxima eficacia en la consecución de tales fines constitucionales. Precisamente el cumplimiento eficaz de estos fines puede justificar que los efectivos militares de nivel inferior vean limitados determinados derechos fundamentales en un caso concreto (libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, etc.), no pudiendo actuar autónomamente sino en función de las órdenes legítimas que un efectivo militar de nivel superior le pueda impartir.

Esta situación es sustancialmente distinta en el caso de la «*jurisdicción militar*», que no está orientada hacia cumplimiento de los fines antes mencionados, sino más bien a administrar justicia, al igual como todo órgano de naturaleza jurisdiccional, sólo que en un ámbito específico como es el juzgamiento de los delitos de la función militar. Entre un juez penal militar de primera instancia y un juez penal militar de segunda instancia no existe subordinación y dependencia, pues ambos se encuentran protegidos mediante la garantía

institucional de la independencia judicial (artículo 146, inciso 1, de la Constitución), pudiendo revisar uno lo resuelto por el otro sólo cuando medie un medio impugnatorio. Un juez especializado en lo penal militar no tiene como fin garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República (fin propio de la administración militar), sino más bien administrar justicia en los casos de delitos de la función militar, mediante procesos dotados de todas las garantías que componen la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Ø Por ello, si se entiende que la situación de actividad implica que el respectivo oficial se encuentre dentro del servicio militar y este servicio a su vez se encuentra regulado en la respectiva normativa de la «administración militar» que forma parte del Poder Ejecutivo, entonces no existirá independencia ni imparcialidad de la «jurisdicción militar» si los jueces que pertenecen a esta poseen vínculos de dependencia respecto de un poder del Estado como es el Poder Ejecutivo. ¿Qué independencia e imparcialidad se podría asegurar a los propios efectivos militares que puedan ser procesados, si los jueces que los van a juzgar son oficiales en actividad y, en cuanto tales, pertenecen a la estructura castrense? La respuesta es obvia, ninguna.

69. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional estima que los artículos 16, inciso 1, 24, inciso 2, 31 y la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley N.º 28665 son inconstitucionales por vulnerar los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional.

70. Sobre el particular, es importante mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile, lo siguiente:

La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares [del ordenamiento jurídico chileno] supone que, en general, sus integrantes sean *militares en servicio activo*; estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando; su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad, y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. *Todo ello conlleva que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad.* [énfasis agregado]

Respecto de la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, es imprescindible recordar lo establecido por la Corte en el sentido de que es necesario que se garantice dichas condiciones “de cualquier juez [o tribunal] en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas”. En el mismo sentido, se expresan los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura”. [\[17\]](#)

71. De otro lado, también es inconstitucional por vulnerar los principios de independencia

e imparcialidad de la función jurisdiccional la siguiente disposición de la Ley 28665: a) artículo 33.2, que establece que “Expedida la resolución de nombramiento y entregado el título oficial por el Consejo Nacional de la Magistratura, corresponde al Ministerio de Defensa o al Ministerio del Interior, previa inscripción de la resolución y título oficial en el registro de la Institución respectiva, expedir la resolución que acredita la obtención del grado militar o policial, con la entrega del despacho otorgado a nombre de la Nación. En los casos de ascensos al grado de General de Brigada o equivalente se observa lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 172 de la Constitución”; pues esta disposición atribuye a los Ministerios de Defensa e Interior (Poder Ejecutivo) funciones que condicionan el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los jueces especializados en lo penal militar. En efecto, una vez nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, los jueces especializados en lo penal militar no pueden supeditar su labor a que un órgano del Poder Ejecutivo les entregue su despacho o realice la inscripción de su título en una institución castrense, y más grave aún, en el caso del último extremo de la disposición cuestionada, la función jurisdiccional no puede encontrarse condicionada a que el Presidente la República sea quien otorgue los ascensos a los oficiales (Generales de Brigada) que se vayan a desempeñar en las máximas instancias de la jurisdicción especializada en lo militar.

En directa relación con lo expuesto en los párrafos precedentes, toca ahora examinar las disposiciones que regulan el denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, y verificar si vulneran principios básicos de la función jurisdiccional, tales como los de independencia e imparcialidad.

### **2.3. Los principios de independencia e imparcialidad judicial y el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial**

72. Por conexión con las disposiciones cuestionadas en el punto anterior, cabe analizar los siguientes artículos, los cuales regulan el funcionamiento del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial:

#### Segunda Disposición Transitoria

(...) Los integrantes de la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora deben ser designados e instalarse dentro de los cinco (5) días naturales de publicada la presente Ley; debiendo en un plazo máximo de veinticinco (25) días naturales de instalada designar temporalmente a los tres (3) Vocales Supremos jurídico militar o policial que integran la Sala Suprema Penal Militar Policial. Los Vocales Supremos designados temporalmente, deben, en lo posible, haber prestado servicios en diferentes Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

(...) la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, cuenta con un plazo máximo de treinta (30) días naturales para señalar los requisitos, evaluar y *designar* temporalmente por dos (2) años prorrogables a dos (2) años más, a los Vocales Superiores, luego de lo cual tiene un plazo máximo de sesenta (60) días naturales para evaluar y designar temporalmente por dos (2) años prorrogables a dos (2) años más a Vocales Territoriales, Jueces Penales Militares Policiales, Relatores y Secretarios de Sala y de Juzgado de la

Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, entre los oficiales en *situación de actividad* provenientes de los *Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Instituciones de las Fuerzas Armadas y/o Policía Nacional*. [énfasis agregado]

Artículo 81.- Cuerpo Judicial Penal Militar Policial

81.1 El Cuerpo Judicial Penal Militar Policial está constituido por todos los Vocales, Jueces y auxiliares jurisdiccionales con formación jurídico-militar policial, que cumplen funciones en cada instancia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; dependiendo, jurisdiccionalmente, de la Sala Suprema Penal Militar Policial (...).

Artículo 33.- Requisito para el nombramiento jurisdiccional y otorgamiento de despacho

33.1 Previo concurso público de méritos y evaluación personal, *sólo los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial* pueden ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, como Vocales o Jueces en cualquiera de las instancias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; a excepción de los dos (2) Vocales Supremos provenientes de la jurisdicción ordinaria, que integran la Sala Suprema Penal Militar Policial. [énfasis agregado]

73. De las mencionadas disposiciones cuestionadas se desprenden claramente dos aspectos iniciales. El primero, que existen dos organismos que con denominaciones parecidas cumplen funciones distintas y forman parte de diferentes instituciones. Así, por un lado, el Cuerpo o Servicio Jurídico que agrupa a los abogados que se han incorporado a las fuerzas armadas y policiales para cumplir determinadas funciones, y que pertenece al Poder Ejecutivo (Ministerio de Defensa o Ministerio del Interior, según sea el caso); y, por otro lado, el denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, que agrupa a aquellos “jueces” que desempeñan su función en la jurisdicción militar.

74. El segundo, que tales organismos poseen una naturaleza que podría denominarse asociativa, toda vez que son creados precisamente para agrupar o asociar a un conjunto de personas que desempeñan una misma profesión o una misma función. En el caso del Cuerpo o Servicio Jurídico, para asesorar, orientar o coadyuvar, entre otras actividades, en las funciones propias de la administración castrense. En el caso del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, para agrupar o asociar a los jueces militares, sin que ello pueda significar la atribución a este cuerpo de funciones de naturaleza jurisdiccional, pues, como ya se ha mencionado, solo tienen una naturaleza asociativa. Quienes administran justicia en el ámbito militar son los jueces militares, y no organismos como el Cuerpo Judicial que sólo los agrupa. Veamos esto con mayor detenimiento.

75. La existencia de un *Cuerpo o Servicio jurídico* dentro de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional del Perú constituye una potestad dejada al libre arbitrio del Legislador, el cual, con objeto de optimizar el cumplimiento de los fines constitucionales de tales instituciones, puede establecer al interior de la organización de la «administración militar» un órgano como el Cuerpo o Servicio Jurídico, compuesto por militares-abogados o policías-abogados y, además, orientado por valores militares, tales como la obediencia y la subordinación. El establecimiento de los requisitos para el acceso a este ente

administrativo, las funciones administrativas de sus integrantes, y los beneficios y derechos que les corresponden, entre otros, constituyen igualmente potestades del Poder Legislativo. Queda claro, entonces, que no son incompatibles con la Constitución aquellas disposiciones legislativas que, *dentro de la respectiva ley que regule las funciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional* (Poder Ejecutivo), establezca un órgano *administrativo*, como lo es el Cuerpo o Servicio Jurídico-Militar.

76. El problema, a juicio de este Colegiado, no es que exista, o no, dentro de la organización de la jurisdicción militar un órgano denominado *Cuerpo Judicial Penal Militar Policial*, que agrupe a los magistrados de la jurisdicción especializada en lo militar, sino: a) quiénes lo conformen, y b) qué rol desempeña con relación a la independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, básicamente en lo que se refiere a la inexistencia dentro de este organismo de valores militares como los de obediencia y subordinación entre los jueces, los que, como se ha visto en el punto anterior, son propios de la administración militar, y no de la jurisdicción militar.

77. En cuanto al punto a, conforme se observa en los ya examinados artículos 16.1, 24.2, y 31 de la Ley 28665, así como en el mencionado artículo 81 de la misma ley, el Cuerpo Judicial Penal se compone de oficiales en situación de actividad, lo que implica su vinculación con las leyes que regulan el funcionamiento de los institutos armados y policiales para incorporar a los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, tal como se evidencia, además, de la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley 28665, que establece lo siguiente:

**CUARTA.- Beneficios asistenciales**

Los oficiales de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que sean designados temporalmente, los nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura y los designados como auxiliares jurisdiccionales, para desempeñar labores en o ante la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, conservan al igual que sus beneficiarios, para todos sus efectos, los beneficios asistenciales relativos a salud, educación, vivienda y bienestar, que reciben de sus respectivas Instituciones Armadas o Policía Nacional.

78. En cuanto al punto b, vinculado al anterior, se evidencia cómo el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, diseñado por la Ley 28665, pretende servir como instrumento para nombrar como jueces (poder jurisdiccional) a miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional (poder ejecutivo), mediante un inconstitucional organismo denominado Junta Transitoria, Calificadora y Designadora. En efecto, hasta en tres pasos se aprecia el modo en que los oficiales en actividad de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, designados por una Junta Transitoria –y no por el CNM–, van a convertirse en vocales y jueces “titulares” de la jurisdicción militar. Veamos cómo se estructuran estos pasos:

Ø Primer paso: En un régimen transitorio, una “Junta Transitoria, Calificadora y

Designadora” designa como vocales y jueces militares a los oficiales en situación de actividad que son miembros de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, salvo el caso de los tres vocales supremos con formación jurídico-militar que deben encontrarse en situación de retiro (Segunda Disposición Transitoria).

Ø Segundo paso: En un régimen permanente, los vocales y jueces designados por la mencionada Junta Transitoria forman el Cuerpo Judicial Penal Militar, el cual depende “jurisdiccionalmente” de la Sala Suprema Penal Militar Policial (artículo 81, inciso 1).

Ø Tercer paso: En un régimen permanente, el Consejo Nacional de la Magistratura sólo puede nombrar como jueces y fiscales a los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar (que no son sino los miembros de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, designados por una Junta Transitoria, y no por el CNM).

79. Por tanto, el Tribunal Constitucional estima que la Segunda Disposición Transitoria, el artículo 81, inciso 1, y el artículo 33, inciso 1, de la Ley 28665, así como el cuarto párrafo del artículo XII de la misma ley, son inconstitucionales por vulnerar los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además de las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, porque, en conjunto, tienen como finalidad que un organismo como el Cuerpo Judicial Penal Militar sirva para introducir en el poder jurisdiccional del Estado a personas designadas por una inconstitucional Junta Transitoria.

80. Por la misma razón, son inconstitucionales determinados extremos del artículo XII del Título Preliminar de la Ley 28665, por cuanto establecen que el Cuerpo Judicial Penal está integrado por “*Los Oficiales Judiciales en situación militar o policial de actividad que se desempeñan como Vocales Superiores, Territoriales, Jueces, Relatores y Secretarios de Sala y de Juzgado, de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial*”, de la ley cuestionada [énfasis agregado] así como, por conexión, el inciso 3, del artículo 81.

#### **2.4. La garantía de inamovilidad y el principio de unidad judicial, respecto de la creación, reducción, supresión o traslado de los órganos de la jurisdicción penal militar policial**

81. Al respecto, la demandante alega que la garantía de inamovilidad judicial ha sido vulnerada por los artículos 15, 23 y 28, entre otros, que establecen las siguientes disposiciones:

Artículo 15.- Consejo Superior Penal Militar Policial

15.5 Crea, reduce, suprime o traslada las sedes de los órganos jurisdiccionales, a su iniciativa o atendiendo a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional a través del Poder Ejecutivo.

**Artículo 23.- Creación de Consejos Territoriales Penales Militares Policiales**

El Consejo Superior Penal Militar Policial crea, reduce, suprime, traslada sedes y determina la demarcación geográfica de los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales, atendiendo a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, y previa solicitud del Poder Ejecutivo.

**Artículo 28.- Creación y jurisdicción de los Juzgados Penales Militares Policiales**

El Consejo Superior Penal Militar Policial crea, reduce, suprime, traslada sedes y determina la demarcación geográfica de los Juzgados Penales Militares Policiales, atendiendo a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional y previa solicitud del Poder Ejecutivo.

**Apreciaciones de la demandante**

82. La demandante aduce que la creación, reducción y supresión de las sedes de los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción militar, así como su ubicación geográfica, ha sido considerada por la ley cuestionada como competencia exclusiva del Consejo Superior Penal Militar Policial, lo cual, en su opinión, vulnera el principio de unidad y autonomía del Poder Judicial, toda vez que no permite a este, la participación en las decisiones sobre tales aspectos, la cual resulta relevante para una correcta administración de justicia.

**Apreciaciones del demandado**

83. Al respecto, el demandado arguye que no puede desconocerse el carácter especial que poseen las instituciones militares y las personas que las conforman, toda vez que estas, cuando se desempeñan como oficiales en situación de actividad, deben cumplir los deberes que la Constitución les ha conferido, tales como la preservación de la integridad de la Nación y la protección de la Seguridad Nacional. Para tales efectos y en razón de la naturaleza de cada caso, los militares y policías que se encuentren en situación de actividad deben ser enviados a diversas zonas lejanas, lo cual justifica la creación de Consejos Territoriales no permanentes, así como la movilización de sus integrantes.

**Apreciaciones del Tribunal Constitucional**

84. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “(...) la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo determina el *status* jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático”. Está referida, básicamente, a la prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro. “Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna, y mucho más cuando provengan de un órgano distinto, como el Poder Ejecutivo. Por ello no cabe aceptar



la existencia de garantías ´temporales` de inamovilidad, pues para preservar la real vigencia de la independencia judicial, a la cual se vincula, es necesario que se trate de una garantía permanente. Además, debe considerarse que ejercer un puesto de manera interina acarrea la inseguridad jurídica y la inestabilidad profesional, afectando el correcto desempeño de las labores encomendadas”. [\[18\]](#)

85. Asimismo, sostuvo que “Esta garantía es constantemente invocada en el ámbito de la jurisdicción militar, dado que la realidad militar no permite su eficaz cumplimiento, pues, por la propia naturaleza de las funciones de los miembros del servicio activo –que hacen a la vez de jueces–, resultan susceptibles de rotación, y no necesariamente para seguir desempeñando las mismas funciones jurisdiccionales”. Por ello, “en el proceso de consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, cada vez es mayor la tendencia a adecuar la jurisdicción militar a las garantías propias del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, delimitándola como jurisdicción especializada y, en algunos casos, restringiéndola a tiempos de guerra. Las garantías procesales de las que gocen los acusados militares en tiempos de paz deben ser más favorables o, como mínimo, iguales a aquellas de las que gozan las personas protegidas por el derecho internacional humanitario en tiempos de guerra”. [\[19\]](#)

86. En consecuencia, teniendo en cuenta el ámbito protegido por esta garantía y que la principal actividad de la jurisdicción especializada en lo militar se realiza en *tiempos de paz*, entonces no se justifica la existencia de disposiciones como las aquí cuestionadas que permitan, en todos los casos, la reducción, supresión o traslado de las sedes de los órganos jurisdiccionales, a pedido de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú (Poder Ejecutivo). Por otra parte, en lo que se refiere al supuesto contemplado en el artículo 137º, inciso 1), de la Constitución, no es ajeno a este Colegiado el hecho de que existen determinadas zonas geográficas del país que han sido declaradas en Estado de Emergencia debido a que sufren graves perturbaciones de la paz y del orden interno, lo cual evidentemente exige la movilidad de las respectivas autoridades judiciales militares. Sin embargo, este hecho no justifica la existencia de disposiciones que permitan que la totalidad de órganos de la jurisdicción militar puedan ser objeto de traslado, reducción o supresión a petición del Poder Ejecutivo.

87. A efectos de tutelar la independencia e imparcialidad de los jueces militares y evitar que puedan ser sometidos a algún tipo de presión o interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, a ellos se les debe garantizar la inamovilidad en sus cargos. Si bien la declaratoria de un Estado de Emergencia puede plantear que, excepcionalmente, una autoridad judicial militar pueda trasladarse a un punto geográfico que se encuentre dentro de su circunscripción respectiva y que tal declaratoria de emergencia implique a su vez una petición por parte del Poder Ejecutivo a la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República, para que se realice tal traslado (solicitud que debe ser atendida con la celeridad y urgencia del caso), ello no autoriza a que disposiciones como

las aquí cuestionadas permitan que “todos” los órganos de la jurisdicción militar puedan trasladarse, reducirse o suprimirse, conforme a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional.

88. Por tanto, los artículos 15, inciso 5, 23 y 28 de la Ley 28665 son inconstitucionales por vulnerar la garantía de inamovilidad judicial.

## **2.5. El principio de unidad de la función jurisdiccional y el sistema de control disciplinario “especial” de la Ley 28665**

89. La demandante también ha cuestionado los incisos 1 y 2 del artículo 5 de la Ley 28665, que establece lo siguiente:

### Artículo 5.- Sanción disciplinaria

5.1 Los Vocales, Jueces y auxiliares jurisdiccionales de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, en el desempeño de sus funciones, y respecto de su conducta funcional e idoneidad, se encuentran sujetos a investigación por la Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

5.2 Para los efectos de lo señalado en el párrafo anterior, créase la Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, cuyos integrantes son designados por la Sala Suprema Penal Militar Policial, tanto en la Oficina Central como en las Oficinas Desconcentradas, entre Oficiales jurídicos militares policiales en situación militar o policial de retiro con experiencia en labor jurisdiccional. La designación es a dedicación exclusiva y por un plazo improrrogable de tres (3) años.

### DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

#### SÉTIMA.- Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial

La Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial es el órgano que tiene por función investigar regularmente la conducta funcional, la idoneidad y el desempeño de los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

Esta facultad no excluye la evaluación permanente que deben ejercer los órganos jurisdiccionales al conocer de los procesos en grado.

La Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial es presidida por un Oficial jurídico militar o policial, con experiencia jurisdiccional, con el grado de General de Brigada o equivalente, en situación militar o policial de retiro designado por la Sala Suprema Penal Militar Policial. La función es a dedicación exclusiva (...)

La Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial está constituida por una Oficina Central con sede en Lima, cuya competencia abarca todo el territorio de la República.

La Sala Suprema Penal Militar Policial crea las Oficinas Desconcentradas de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial y fija sus integrantes, ámbito de competencia, así como sus facultades de sanción.

## **Apreciaciones de la demandante**

90. La demandante aduce que la ley cuestionada crea una Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, la cual se encarga de hacer efectivas las responsabilidades funcionales de los vocales, jueces y personal auxiliar de la jurisdicción especial en materia penal militar policial. Al respecto, sostiene que las respectivas disposiciones vulneran el principio de autonomía del Poder Judicial, toda vez que la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial es el ente encargado del seguimiento de los jueces vocales y personal auxiliar del Poder Judicial.

## **Apreciaciones del demandado**

91. Al respecto, el demandado aduce que el control de los jueces no es único y tampoco está previsto en la Constitución como una potestad exclusiva del Poder Judicial. Alega que la función de control está a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, lo cual no permite que el Poder Judicial estructure un sistema disciplinario de control. Asimismo, establece que en la medida en que el Poder Judicial no controla al Tribunal Constitucional ni al Jurado Nacional de Elecciones, entonces no podría controlar a la jurisdicción militar, que, por disposición constitucional es independiente.

## **Apreciaciones del Tribunal Constitucional**

92. Sobre el particular, este Colegiado debe reiterar lo expuesto respecto del principio de unidad de la función jurisdiccional, según el cual el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que cada uno de sus órganos deben poseer no sólo similares garantías y reglas básicas de organización y funcionamiento, sino también un mismo régimen disciplinario. En ese sentido, si el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, ha optado por crear una Sala Suprema Penal Militar dentro de la Corte Suprema de Justicia de la República, entonces esta Sala debe someterse al régimen disciplinario existente dentro del Poder Judicial y no como ha establecido la disposición cuestionada, que permite la coexistencia de dos regímenes disciplinarios dentro del Poder Judicial; uno para los miembros de la Sala Suprema Penal Militar Policial, y otro para el resto de órganos jurisdiccionales de este Poder del Estado. Por tanto, el Tribunal Constitucional estima que los incisos 1 y 2 del artículo 5, así como la Séptima Disposición Complementaria de la Ley 28665 son inconstitucionales por crear un régimen disciplinario especial dentro del Poder Judicial para los miembros de la Sala Suprema Penal Militar Policial, vulnerando el principio de unidad de la función jurisdiccional.

93. En el caso de las instancias inferiores de la jurisdicción militar, no existe prohibición constitucional para que el Legislador pueda crear un régimen disciplinario especial, debiendo tomarse en consideración, en todos los casos, que el artículo 154, inciso 3 de la Constitución establece como una de las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura la aplicación de la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales

Supremos, así como a los jueces y fiscales de todas las instancias, por lo que la regulación del régimen disciplinario de las instancias de la jurisdicción militar debe asemejarse, en lo posible, al régimen estatuido para el caso del Poder Judicial.

94. Asimismo, las disposiciones cuestionadas vulneran el principio de independencia judicial (dimensión interna), por cuanto establecen que la Sala Suprema Penal Militar Policial es competente para designar a los miembros de las Oficinas Desconcentradas de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, toda vez que la Sala Suprema Penal Militar Policial se encuentra imposibilitada de la realización de tales actos administrativos (designaciones de los miembros de las Oficinas Desconcentradas de Control que precisamente son los que controlan a los juzgadores de los Consejos y Juzgados) pues al constituirse en un órgano de un nivel jurisdiccional superior al Consejo Superior Militar Policial, a los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales y a los Juzgados Penales Militares Policiales, y, en consecuencia, tener el poder de revisar las decisiones jurisdiccionales de ellos, crea un vínculo de dependencia respecto de tales órganos jurisdiccionales inferiores.

## **B. La garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público y la creación de la “Fiscalía Penal Militar Policial”**

95. El demandante ha cuestionado los artículos 55, incisos 1 y 2, 56, inciso 2, y 82° inciso 1, de la Ley 28665 que establecen lo siguiente:

### Artículo 49.- Fiscales Penales Militares Policiales y Ministerio Público

49.2 Son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura e integran el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del Ministerio Público, *se encuentran sujetos a sus órganos de control, conforme a la Constitución, Ley Orgánica del Ministerio Público y a lo dispuesto en la presente Ley; esto último, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica.*[énfasis agregado]

### Artículo 53.- Órganos de gestión del Ministerio Público

Los Fiscales Penales Militares Policiales se rigen conforme a las disposiciones emanadas de los órganos de gestión contemplados en la Ley Orgánica del Ministerio Público, *con excepción de lo previsto en la presente Ley, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica.*[énfasis agregado]

### Artículo 55.- Nombramiento y ejercicio funcional

55.1 Los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo *concurso público* de méritos y evaluación personal, *entre los Fiscales Penales Militares Policiales*, con el grado de General de Brigada o equivalente en situación de actividad, el que extiende la resolución de nombramiento y entrega el título oficial que lo acredita. [énfasis agregado]

55.2 Para ser nombrado Fiscal Supremo Penal Militar Policial se requiere tener necesariamente formación jurídico-militar policial e *integrar el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial.* [énfasis agregado]

## Artículo 56.- Funciones

56.2 Las facultades para ejercer las funciones [del Fiscal Supremo Penal Militar Policial] pueden *excepcional y temporalmente ser asumidas por el Fiscal de la Nación* [énfasis agregado]

## Artículo 82.- Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial

82.1 El Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial está constituido por todos los Oficiales Fiscales con formación jurídico-militar policial que conforman la *Fiscalía Penal Militar Policial*, y que cumplen funciones ante la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, *dependiendo el mismo funcionalmente del Fiscal Supremo Penal Militar Policial*. Sus integrantes se encuentran comprendidos en los alcances del ámbito de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, a través de los Fiscales Penales Militares Policiales que actúan en su ámbito. [énfasis agregado]

## Apreciaciones de la demandante

96. La demandante ha sostenido que de las disposiciones antes mencionadas se concluye que los Fiscales Penales Militares Policiales “administrativa, funcional y orgánicamente dependen en línea directa de la Fiscalía Suprema Penal Militar Policial y no como sucede con los Fiscales del Ministerio Público, quienes se encuentran directamente bajo la autoridad de los órganos de línea correspondientes a la función fiscal del Ministerio Público. Así, tenemos que al interior del Ministerio Público existen dos grupos de Fiscales; unos que están jerárquicamente sometidos a la autoridad del Fiscal de la Nación, y otros que, a pesar de formar parte de él, son, efectivamente, ajenos a sus autoridad. (...) No existe real autonomía ahí donde la autoridad se ejerce parcialmente, sustrayéndose de ella determinados ámbitos, como es en este caso el denominado Cuerpo Fiscal Militar Policial, que sin embargo, nominalmente forman parte de él”.

## Apreciaciones del demandado

97. El representante del demandado ha sostenido que las diferentes disposiciones de la Ley 28665 no vulneran la autonomía del Ministerio Público, pues “lejos de vulnerar dicha autonomía, ha dispuesto un diseño de organización de los fiscales penales militares policiales, de modo que puedan desempeñar sus funciones eficientemente”, y además, que no puede ser incongruente que los fiscales militares policiales administrativa, económica y orgánicamente dependan en línea directa de la Fiscalía Suprema Penal Militar Policial, precisamente por el criterio de especialidad. No se trata de desconocer la autoridad del Fiscal de la Nación, sino de superponer fines del Estado que la misma Constitución ha instituido al establecer la independencia de la jurisdicción militar”.

98. Asimismo, aduce que “debe tenerse en cuenta que los miembros de la Fiscalía Suprema Penal Militar Policial son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura, con lo que se supera el cuestionamiento respecto de su independencia”.

## Apreciaciones del Tribunal Constitucional

99. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional comparte las apreciaciones de la demandante, estimando que las disposiciones cuestionadas vulneran los artículos 158 y 159 de la Constitución, que consagran la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público.

100. Al respecto, cabe precisar, en primer término, que la *autonomía*, en abstracto, puede entenderse como “(...) la libertad de determinación consentida a un sujeto, la que se manifiesta en el poder de darse normas reguladoras de su propia acción, o, más comprensivamente, como la potestad de proveer a la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses”. [\[20\]](#)

100. A su vez, la *garantía institucional* permite proteger a determinadas instituciones a las que se considera componentes esenciales del ordenamiento jurídico y cuya preservación es indispensable para asegurar la efectiva vigencia de los principios constitucionales. Sobre la garantía institucional el Tribunal Constitucional ha sostenido que esta aparece como una “(...) fijación constitucional dotada – reconociblemente – de una eficacia reforzada (...) con una función fundamental y propia de ordenación de la comunidad constituida (...)”. [\[21\]](#)

101. De este modo, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 158 de la Constitución, la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público tiene por finalidad asegurar y proteger la libertad de actuación de este órgano constitucional, de modo tal que pueda cumplir eficazmente con las funciones que le ha encomendado la Norma Fundamental, evitando la dependencia y subordinación respecto de otros órganos, poderes o personas, sean estas públicas o privadas. Para garantizar esta libertad de actuación es preciso, entre otras cosas, que el Ministerio Público, en tanto que órgano constitucional autónomo, pueda contar con *un estatuto jurídico básico* que regule los derechos, obligaciones, incompatibilidades y beneficios de los fiscales, entre otros, de manera que se pueda preservar la *imparcialidad* en el desempeño de la función fiscal, así como el *tratamiento igualitario* a los fiscales que se encuentren en el mismo nivel y jerarquía.

102. En efecto, el estatuto jurídico básico del Ministerio Público es precisamente su Ley Orgánica (Decreto Legislativo 052), estatuto jurídico que no solo viene exigido por la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público (artículo 158 Const.), sino también porque así lo dispone el artículo 106 de la Norma Fundamental al establecer que “Mediante *leyes orgánicas* se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución”. [énfasis agregado]

103. Por ello, en lo que se refiere a los extremos de las disposiciones cuestionadas, el Tribunal Constitucional estima que son inconstitucionales por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, el principio de igualdad, así como las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que, además de encontrarse establecidos en un estatuto jurídico “especial”, introducen en el Ministerio Público una *Fiscalía Penal Militar Policial* compuesta de oficiales que provienen de un organismo como el denominado *Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial*, que no han sido elegidos conforme a los preceptos de la Norma Fundamental y no dependen de los órganos de gestión del Ministerio Público, siendo además que estos extremos otorgan un tratamiento diferenciado a fiscales que se encuentran en el mismo nivel y jerarquía.

104. En efecto, es incompatible con la Constitución el establecimiento de normas como las dispuestas en los incisos 1 y 2 del artículo 55 de la Ley 28665 que, vulnerando las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, introducen en el Ministerio Público a funcionarios que no han sido nombrados conforme a los preceptos de la Norma Fundamental.

105. Como ya se ha mencionado en el caso del Poder Judicial, los artículos 150 y 154, inciso 1, de la Constitución estipulan que el Consejo Nacional de la Magistratura “se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales”, y de “Nombrar, previo *concurso público* de méritos y evaluación personal, a los jueces y *fiscales de todos los niveles (...)*”. [énfasis agregado] Los cuestionados extremos de los incisos 1, y 2, del artículo 55, desnaturalizan las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que establecen que este solo podrá realizar el concurso “público” de méritos y la evaluación personal exigidos por la Constitución, con quienes formen parte del Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial; es decir, que el denominado “concurso público” no será precisamente público, pues se realizará solo con los integrantes de una entidad como el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial.

106. No se pone en tela de juicio la necesidad de que determinados órganos del Ministerio Público deban contar con profesionales del Derecho especialistas en la materia penal militar, sino el que se abligue al Consejo Nacional de la Magistratura a realizar un concurso “público” sólo con los integrantes de un organismo como el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial, limitando con ello las funciones del mencionado órgano constitucional y, además, restringiendo desproporcionada e irrazonablemente el ejercicio de derechos fundamentales (como el de igualdad en el acceso a los cargos públicos o la libertad de trabajo) de quienes teniendo una formación jurídico militar idónea para desempeñar la función fiscal en materia penal militar no son miembros del denominado *Cuerpo Judicial Penal Militar*. Es importante destacar que el Consejo Nacional de la Magistratura es el órgano encargado, conforme a sus atribuciones constitucionales, de establecer los requisitos y condiciones que deben reunir quienes postulen a la función fiscal, garantizando, en todo caso, que se cuente con profesionales que posean una óptima

formación jurídico militar. En todo caso, más adelante se examinará con mayor amplitud las disposiciones relacionadas con las competencias del Consejo Nacional de la Magistratura.

107. Del mismo modo, son inconstitucionales determinados extremos de los artículos 49, inciso 2, 53, así como los artículos 56.2 y 82, inciso 1, y el último párrafo del artículo XII del Título Preliminar de la Ley 28665, y, por conexión, el artículo 56, inciso 1, apartado 8, de la misma ley, por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, toda vez que establecen, dentro de este órgano constitucional, una *Fiscalía Penal Militar Policial* compuesta, entre otros, de un Fiscal Supremo Penal Militar Policial, el que se constituye en la autoridad de esta nueva “fiscalía”. En suma, se crea una entidad (la fiscalía penal militar) al interior del Ministerio Público, que resulta independiente y autónoma respecto de este órgano constitucional, implantando una organización especial e incluso un sistema disciplinario especial, lo que no hace sino evidenciar la fractura de la autonomía de un órgano unitario como lo es el Ministerio Público, respecto del cual la Constitución no ha establecido excepción alguna para el caso de la especialidad militar como sucede en el caso del Poder Judicial. Asimismo, el mencionado artículo 56, inciso 2 llega al extremo de disponer que solo de modo excepcional y temporalmente las funciones del referido Fiscal Supremo Penal Militar Policial podrán ser asumidas por la Fiscalía de la Nación.

108. Las mencionadas disposiciones no solo vulneran la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, sino también el extremo del artículo 158, que establece que el Fiscal de la Nación es quien preside el Ministerio Público, por lo que el Legislador no puede disponer que un determinado grupo de fiscales tenga como órgano que los preside a uno distinto a la Fiscalía de la Nación. Por la misma razón es inconstitucional el artículo 82, inciso 1, de la Ley 28665, por ordenar que el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial depende funcionalmente del Fiscal Supremo Penal Militar Policial.

109. Asimismo, el Tribunal Constitucional estima que es inconstitucional el artículo XII del Título Preliminar de la Ley 28665, por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, toda vez que establece que Oficiales Fiscales en situación militar o policial de retiro puedan desempeñarse “como Fiscal Supremo Penal Militar Policial *en la Junta Suprema de Fiscales del Ministerio Público*” [énfasis agregado], posibilitando que tales funcionarios, seleccionados mediante un sistema de elección incompatible con la Constitución, puedan participar en el gobierno de un órgano constitucionalmente autónomo como el Ministerio Público. Simplemente, tal disposición resulta inadmisibles en un Estado Constitucional de Derecho, en el que la Constitución contiene mandatos que deben ser observados principalmente por los poderes públicos y en el que el Ministerio Público se configura como una institución autónoma que se encarga, además de la persecución del delito, de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.



110. También es inconstitucional el artículo 82, inciso 2, de la Ley 28665, por vulnerar la garantía institucional del Ministerio Público, toda vez que establece un requisito (poseer el grado militar o policial de Mayor o equivalente) que supedita el acceso de quienes aspiran a la función fiscal en la especialidad penal militar.

111. De igual modo, por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público son inconstitucionales los artículos 49, inciso 1, 55, inciso 1, 57, inciso 3, 58, incisos 3 y 4, 59, inciso 2, 60, inciso 1, 61, inciso 2, 62, inciso 1, 63, inciso 2, y 82, inciso 3, de la Ley 28665, toda vez que establecen que los fiscales penales militares policiales deban ser oficiales en situación de actividad.

112. Finalmente, el Tribunal Constitucional estima que es inconstitucional el artículo 82, inciso 4, de la cuestionada ley, por vulnerar también la garantía institucional del Ministerio Público, además de la independencia del Consejo Nacional de la Magistratura. Esta disposición dispone que “La promoción a un nivel funcional Superior en la Fiscalía Penal Militar Policial, determina el ascenso en el grado militar o policial, *previo cumplimiento de los requisitos de capacidad psicosomática, aptitud física, y cursos de instrucción establecidos para cada grado, según la Institución a la que se pertenezca*” [énfasis agregado], condicionando de este modo el nombramiento de los fiscales cuando aspiren a ocupar un cargo de nivel superior en la función fiscal, al exigir el cumplimiento de requisitos que deben fijar “las instituciones castrenses” y no, como debe ser, el Consejo Nacional de la Magistratura, en tanto que órgano constitucional encargado de la selección y nombramiento de los jueces y fiscales.

### C. El principio de igualdad como límite de la actividad del Legislador

113. En general, el concepto de igualdad forma parte del acervo cultural del pensamiento occidental. El punto de partida del análisis de la igualdad es la clásica fórmula de Aristóteles, quien sostiene que “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad para ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”. [\[22\]](#)

114. Como tal, hoy en día la igualdad expresa una concepción propia del Estado Democrático y Social de Derecho. En efecto, “En su dimensión liberal, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia como en el de su aplicación. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja puedan quedarse ‘aislados y sin voz’. Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos desventajados una igualdad de oportunidades”. [\[23\]](#)

115. En suma, el derecho a la igualdad, como el conjunto de derechos consagrados en

nuestra Constitución, encuentra su fundamento último en la dignidad de la persona. Así, cuando el artículo 1, de la Constitución establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, está reconociendo una igualdad esencial de todas las personas, por lo que exige que tanto la sociedad como el Estado deban tener como principal objetivo la vigencia de la dignidad humana.

## 2.6. La igualdad jurídica y su vinculación al Legislador

116. Antes de examinar la vinculación del Legislador a la igualdad jurídica, conviene analizar la configuración de la igualdad en la Constitución. Al respecto, cabe mencionar que este Colegiado ha sostenido en reiteradas oportunidades que la igualdad se configura en nuestra Norma Fundamental, como principio y como derecho fundamental. De este modo:

(...) la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero, se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona.

Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

Entonces, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

Por consiguiente, supone la afirmación *a priori* y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, por la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

Dicha igualdad implica lo siguiente:

- a) La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y
- b) La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas. [\[24\]](#)

117. De este modo, como *derecho fundamental*, la igualdad se encuentra reconocida en el artículo 2, inciso 2, de nuestra Norma Fundamental. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho fundamental a la igualdad:

(...) comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias (...).

[25]

118. En tal sentido, el derecho a la igualdad se constituye, *prima facie*, en aquel derecho que obliga, tanto a los poderes públicos como a los particulares, a encontrar un actuar paritario con respecto a las personas que se encuentran en las mismas condiciones o situaciones, así como a tratar de manera desigual a las personas que estén en situaciones desiguales, debiendo dicho trato dispar tener un fin legítimo, el mismo que debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional.

119. Es importante precisar que el derecho a la igualdad ante la ley debe ser interpretado, entre otras disposiciones, conforme al artículo 14, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”; y al artículo 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

120. En tanto que *principio fundamental*, la igualdad, entendida como regla de obligatorio cumplimiento para el Legislador, entre otros, se encuentra reconocida en los artículos 103 y 2.2. de la Constitución. El primero establece que “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (...), y el segundo que “Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley (...). Analizando ambas disposiciones en función del principio de interpretación constitucional de concordancia práctica se desprende que:

El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de

las aspiraciones constitucionales.<sup>[26]</sup>

121. Como tal, el principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. Posee además una naturaleza relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional sólo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan.

122. En efecto, el examen sobre la vulneración del principio-derecho de igualdad, siempre va a estar relacionado con el examen sobre la vulneración de otros derechos. Con mucha frecuencia, y tal como ha tenido oportunidad de constatar este Colegiado, han sido frecuentes los casos en los que se vulneraba el derecho a la igualdad y, a su vez, derechos como a la libertad de empresa o al trabajo, entre otros. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, en función de su carácter relacional, el derecho a la igualdad:

funciona en la medida [en] que se encuentre conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales (...); precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan.<sup>[27]</sup>

Seguidamente conviene distinguir las diferentes manifestaciones que puede adoptar la igualdad ante la ley.

## **2.7. La igualdad «ante la ley» y sus dos manifestaciones: igualdad «en la ley» e igualdad «en la aplicación de la ley»**

123. El principio-derecho de igualdad, a su vez, distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación de la ley*. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite para el Legislador, en tanto la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

124. Respecto de la segunda manifestación: la igualdad en la aplicación de la ley, si bien esta segunda manifestación del principio de igualdad no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser

aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley.

## **2.8. La vinculación entre el juicio de igualdad «en la ley» y el principio de proporcionalidad**

125. Ya en el plano de la igualdad en la ley, cabe mencionar que el respectivo juicio de igualdad sobre la actuación del legislador requiere de la verificación entre otros, del principio de proporcionalidad, toda vez que si bien el legislador puede, en base a sus atribuciones constitucionales, establecer un trato diferente ante situaciones que sean diferentes, debe también tomar en consideración si la medida dictada resulta proporcional con el fin que se pretende obtener. Por ello, el principio de proporcionalidad se constituye en uno de los elementos esenciales a evaluar en el juicio de igualdad.

126. En efecto, no basta que el legislador verifique que dos situaciones jurídicas son diferentes y que por tanto les puede aplicar un tratamiento legal diferente, sino que también debe verificar si el fin que se pretende obtener con la diferenciación legislativa es constitucional y si en todo caso la diferenciación legislativa resulta proporcional con el fin que se pretende obtener, de manera que resulte razonable.

127. Y es que el principio de proporcionalidad “está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio”. [\[28\]](#)

Seguidamente, se analizarán los diferentes pasos o niveles que comprenden el test de igualdad, para lo cual se tendrá en consideración la sentencia expedida por este Colegiado en el Expediente 00045-2004-PI/TC.

## **2.9. El test de igualdad. Los pasos a seguir para verificar si una «diferenciación» es válida o si se constituye en una «discriminación»**

128. Con la finalidad de evaluar si una medida limitativa de derechos o principios constitucionales resulta conforme con el principio-derecho de igualdad establecido en la Norma Fundamental, es necesario someter esta medida a una evaluación estructurada en distintos pasos. Dicha evaluación es entendida, a juicio de este Tribunal, como un *test de igualdad*, el cual será desarrollado a continuación, para luego aplicarlo en el examen de la disposición legal cuestionada.

Primer paso: Verificación de la diferenciación legislativa

129. En este primer nivel, debe analizarse si el supuesto de hecho acusado de discriminación es igual o diferente al supuesto de hecho que sirve de término de comparación (*tertium comparationis*). De resultar *igual*, la medida legislativa que contiene un tratamiento diferente deviene en inconstitucional por tratar diferente a dos supuestos de hecho que son similares. De resultar *diferente*, entonces debe proseguirse con los siguientes pasos del test de igualdad, pues el hecho de que se dé un tratamiento legislativo diferente a dos situaciones jurídicas distintas no implica que tal medida sea constitucional, pues debe aún superar los siguientes pasos del mencionado test.

130. Sobre el particular, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional Federal Alemán, ha sostenido, en criterio que comparte este Colegiado que “el derecho fundamental a la igualdad ante la ley es violado cuando un grupo de destinatarios de la norma, por comparación a otros grupos, es tratado de forma distinta, siempre que entre estos grupos no existan diferencias de tal clase y de tal peso que permitan justificar la diferencia de trato”. <sup>[29]</sup> En este primer paso, el juicio de igualdad se identifica con la necesidad de determinar la semejanza o diferencia entre las situaciones jurídicas que se comparan.

131. En este punto, cabe preguntarse ¿qué es una situación jurídica? Una situación jurídica es la relación existente entre un supuesto de hecho (o categoría de persona) y su consecuencia jurídica (norma que regula a una categoría de persona). <sup>[30]</sup> Así por ejemplo, P1 y P2 constituyen dos personas y N1 y N2 constituyen dos normas que regulan la actuación de las mencionadas personas, de modo tal que P1 y N1 forman una situación jurídica y P2 y N2 forman otra situación jurídica. Lo que se exige en el presente juicio es realizar una apreciación comparativa entre las aludidas personas y las normas que las regulan, es decir, comparar P1N1 (situación jurídica en la que se cuestiona N1) con P2N2 (término de comparación). Como N1 y N2 son diferentes (normas que establecen diferencia de trato), en este juicio se debe determinar si P1 y P2 son iguales o diferentes. Si son iguales y se cuestiona N1, entonces N1 es inconstitucional por regular un trato diferente a dos personas (P1 y P2) que son iguales. Si P1 y P2 son diferentes entonces efectivamente les corresponde una regulación normativa diferente: N1 y N2, por lo que si se cuestiona N1 ésta ya ha superado el primer paso, quedando pendiente la evaluación de los siguientes pasos.

## Segundo paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad

132. Como lo ha sostenido este Colegiado, en este paso deben evaluarse los diferentes grados o intensidades de la medida legislativa que va a intervenir en el principio-derecho de igualdad. Así:

- a) Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno

de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (*v.gr.* derecho a la participación política) o un derecho constitucional.

b) Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

c) Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo. [\[31\]](#)

### Tercer paso: verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación

133. La existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto deben ser apreciadas en relación con la finalidad constitucional de la medida legal adoptada sobre una determinada materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir siempre un fin constitucional. Si la medida legislativa que establece un trato diferente a supuestos de hecho diferentes no contiene un fin constitucional, entonces tal medida resulta inconstitucional. Si contiene un fin constitucional, entonces corresponde avanzar al siguiente paso.

134. Es conveniente precisar que la verificación de la legitimidad del fin que se persigue con la diferenciación no forma parte del juicio de proporcionalidad sino que es un requisito que debe ser examinado de modo previo a tal juicio, resultando indispensable para que éste pueda ser realizado. [\[32\]](#) No tendría ningún sentido examinar si una medida legislativa resulta proporcional con el fin que se pretende si previamente no se ha verificado si el mencionado fin es contrario al sistema de valores de la Constitución. [\[33\]](#)

135. En efecto, el trato dispar realizado por el Legislador debe contener la persecución de un fin constitucionalmente legítimo, es decir, que no esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución. Por ello, atendiendo a la presunción de constitucionalidad de la leyes, “toda la variedad de los fines establecidos por el propio Parlamento y que no entren en disonancia con la Constitución, adquiere carta de legitimidad constitucional. De esta manera, se logra un equilibrio entre los principios de supremacía de la Constitución y de máxima eficacia de los derechos fundamentales, por una parte, y el principio democrático, por otra” [\[34\]](#).

136. Uno de los problemas que se puede presentar en este paso, es ¿cómo identificar la

finalidad de la diferencia de trato? Al respecto, cabe precisar que la respuesta a tal interrogante exige una labor interpretativa, la que deberá tomar en consideración las siguientes fuentes: “la propia Constitución –por ejemplo, en el supuesto de las reservas específicas de regulación de los derechos fundamentales–; el texto de la ley enjuiciada – mediante una interpretación teleológica-objetiva de las disposiciones que la componen e incluso de su preámbulo–; y su exposición de motivos y los trabajos parlamentarios en que constan los debates en que se fraguó –interpretación teleológica-subjetiva–”. [\[35\]](#)

137. De presentarse un caso que ofrezca dudas en cuanto a la identificación de la legitimidad de la finalidad del trato legislativo diferenciado, atendiendo a la mencionada presunción de constitucionalidad de la ley, debe considerarse que la diferenciación contiene, *prima facie*, un fin constitucional.

138. Si bien puede identificarse un fin constitucional en la diferenciación efectuada por el Legislador, ello no implica que la medida adoptada no vulnere el principio-derecho de igualdad, pues hace falta verificar si resulta proporcional, aspecto que debe verificarse en los siguientes tres pasos.

#### Cuarto paso: examen de idoneidad

139. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el Legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin”. [\[36\]](#)

140. Este paso exige que la medida legislativa que establece la diferencia de trato deba ser congruente con el fin legítimo que se trata de proteger. En otras palabras, se evalúa si la medida legislativa es idónea para conseguir el fin pretendido por el Legislador. Por el contrario, si se verifica que la medida adoptada por el Legislador no guarda ninguna relación con el fin que se trata de proteger, esta limitación resultará inconstitucional.

141. El principio de igualdad exige, entre otros requisitos, que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad.

#### Quinto paso: Examen de necesidad

142. Este paso exige que la medida legislativa que establece un trato diferente para conseguir una finalidad legítima, deba resultar la menos gravosa para los principios y derechos afectados. En otros términos, “la limitación ha de ser necesaria para alcanzar el fin en la medida en que cualquier otra opción supondría una carga mayor sobre el derecho



afectado”.<sup>[37]</sup>

143. Al respecto, es necesario destacar que el Tribunal Constitucional ha sostenido que

La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del *principio de necesidad* y de *proporcionalidad en sentido estricto*. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional.<sup>[38]</sup> [énfasis agregado]

144. En cuanto al ámbito del examen de necesidad, la evaluación de la eventual vulneración de la igualdad por parte de una disposición legal no debe realizarse del mismo modo y con el mismo rigor, dependiendo siempre del caso concreto. Tal evaluación *no va a tener la misma intensidad*, por ejemplo, en el caso en que se alegue la vulneración del principio-derecho de igualdad por una ley que establece que la inscripción de bienes inmuebles se realiza mediante formulario registral legalizado por notario –y no mediante Escritura Pública– cuando el valor del inmueble no sea mayor a veinte Unidades Impositivas Tributarias (UIT)<sup>[39]</sup>; que en aquel otro caso en el que se alegue la vulneración del principio-derecho de igualdad por una ley que establece sanciones para efectivos militares por conductas homosexuales –y no por conductas heterosexuales– que se realicen dentro o fuera del ámbito militar.<sup>[40]</sup> En el primero de los casos antes mencionados, existe una mayor libertad de configuración del Legislador, constituyendo una intervención de intensidad leve. En el segundo, al tratarse de una diferenciación legislativa por razón de sexo, constituye una intervención de intensidad grave.

145. Como ya ha mencionado en el segundo paso, existen determinadas materias que exigen un juicio de igualdad más riguroso, que se va a plantear de modo especial en la evaluación de “necesidad” de la medida legislativa cuestionada. Así, por ejemplo, cuando se trate de leyes que diferencian por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica (artículo 2, inciso 2, de la Constitución) o cuando se trate de leyes que limiten el ejercicio de un derecho fundamental, entre otros, el subprincipio de necesidad exige que la medida adoptada por el Legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

146. Situación distinta se aprecia respecto de materias que, a diferencia de las antes

mencionadas, exigen un juicio de igualdad flexible cuando se trate de ámbitos en los que la Constitución ha otorgado al Parlamento una amplia libertad de configuración, por lo que en el caso de la evaluación de la necesidad de la medida legislativa cuestionada bastaba que esta no sea manifiesta y evidentemente innecesaria.

#### Sexto paso: examen de proporcionalidad en sentido estricto

147. Finalmente, cabe mencionar que, en general, de acuerdo con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido con el nombre de *ponderación*, para que una intromisión en un derecho fundamental sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. En otros términos, la proporcionalidad en sentido estricto exige la comparación entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de manera tal que la primera de estas deba ser, como se ha mencionado, por lo menos, equivalente a la segunda.

148. En el caso del test de igualdad, este subprincipio exige que, habiéndose determinado previamente el peso de los bienes jurídicos en pugna, las ventajas que se vayan a obtener con la medida legislativa que establece una diferenciación deban ser proporcionales con la intervención en otros bienes constitucionales, es decir, que el trato desigual no “sacrifique” principios o derechos fundamentales (incluido el principio-derecho de igualdad) que tengan un mayor peso que el bien constitucional que se quiere satisfacer mediante el aludido trato.

149. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que

Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la ley de ponderación sería enunciada en los siguientes términos:

“Cuanto mayor es el grado de afectación –intervención– al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional”.

Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional

150. De este modo, cuando el resultado del juicio de proporcionalidad indique que el fin constitucional de la medida legislativa diferenciadora es, por lo menos, “equivalente” a los bienes constitucionales con los que encuentran en conflicto, entonces se podrá sostener que tal medida, además de proporcional, resulta razonable.

151. En efecto, como se ha mencionado, más allá de los diferentes significados que ha asumido la razonabilidad tanto en doctrina como en jurisprudencia comparada, de los que puede dar muestra la jurisprudencia de este Colegiado, cabe destacar, *prima facie*, que en el ámbito del juicio de igualdad una medida que establezca un trato diferente será razonable sólo cuando haya superado el juicio de proporcionalidad. Por ello, el principio de proporcionalidad se constituye, a su vez, en un mecanismo (medio) que sirve para llegar a una decisión razonable (fin), es decir, a una decisión ponderada y equilibrada.

Seguidamente, corresponde examinar las disposiciones cuestionadas conforme al test de igualdad expuesto en los párrafos precedentes.

## **2.10. El principio de igualdad y el examen de constitucionalidad del artículo 33, inciso 1, de la Ley 28665**

152. Por conexión, este Colegiado estima que debe evaluarse el artículo 33, inciso 1, de la Ley 28665, que establece lo siguiente:

33.1 Previo concurso público de méritos y evaluación personal, *solo los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial pueden ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura*, como Vocales o Jueces en cualquiera de las instancias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; a excepción de los dos (2) Vocales Supremos provenientes de la jurisdicción ordinaria, que integran la Sala Suprema Penal Militar Policial. [énfasis agregado]

153. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que, con objeto de verificar si en el presente caso la disposición cuestionada vulnera el principio-derecho de igualdad, esta debe ser sometida al aludido test de igualdad.

154. En cuanto al *primer paso* (verificación de la diferenciación legislativa), cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se encuentra constituida por una norma de exclusión que se desprende del artículo 33.1, según la cual no podrán ser nombradas por el Consejo Nacional de la Magistratura como jueces militares (consecuencia jurídica) las personas que teniendo formación jurídico-militar, no sean parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial (supuesto de hecho).

155. La situación jurídica que funcionará en este caso como término de comparación está constituida por la norma según la cual pueden ser nombradas por el Consejo Nacional de la Magistratura (consecuencia jurídica) las personas que formen parte del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar (supuesto de hecho)

156. Por tanto, efectuado el respectivo examen, este Colegiado estima que las medidas legislativas cuestionadas superan este primer nivel, toda vez que otorgan un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que, a su vez, resultan diferentes.

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

158. En cuanto al *tercer paso* (verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación), cabe mencionar previamente lo expresado en el respectivo debate de aprobación de la cuestionada Ley 28665 realizado en el pleno del Congreso de la República, en el cual la posición que finalmente predominó sostuvo lo siguiente:

Que el oficial jurídico militar que está haciendo carrera judicial, se le va a respetar hasta el término de la carrera. Nadie puede ingresar por la ventana a ocupar unos cargos superiores, solamente esto se va a dar en caso de que falten oficiales jurídico militares que están en carrera para ocupar estos puestos.

159. De lo expuesto y de una interpretación teleológica de la disposición cuestionada se desprende que esta tiene como finalidad proteger el ejercicio de la carrera judicial militar de quienes integran el mencionado cuerpo judicial penal militar, de modo tal que se pueda asegurar la mayor eficacia de la función jurisdiccional en el ámbito de la jurisdicción militar, fin que no resulta ilegítimo. En consecuencia, la medida legislativa cuestionada supera el tercer paso del test de igualdad.

160. En cuanto al *cuarto paso* (examen de idoneidad), es necesario mencionar que la medida legislativa diferenciadora (solo los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial pueden ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura) resulta adecuada para conseguir el fin que se pretende, como lo es el lograr la mayor eficacia de las decisiones judiciales que se adopten en la jurisdicción militar.

161. En cuanto al *quinto paso* (examen de necesidad), cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de una disposición legal que limita el ejercicio del derecho fundamental de igualdad en el acceso a las funciones públicas, que se deduce del artículo 2º.2 de la Constitución, interpretado de conformidad con el artículo 25º, apartado c), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el derecho fundamental a la libertad de trabajo, se requiere de un juicio de igualdad estricto, según el cual, como se ha expuesto, se exige que la medida adoptada por el Legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

162. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada, que limita el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones públicas, así como el derecho a la libertad de trabajo, no resulta absolutamente necesaria

para la consecución del fin que pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales. Así por ejemplo, mediante la optimización del sistema de evaluación para acceder a la jurisdicción militar y la constante capacitación de quienes ya integran esta jurisdicción y pretenden su promoción en la carrera judicial militar, entre otras, pero no limitando innecesariamente, en todos los casos, que personas que no formen parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial y que puedan tener una óptima formación jurídico-militar, accedan a la función pública en la jurisdicción militar. Por tanto, la medida legislativa cuestionada vulnera el principio de proporcionalidad y consecuentemente el principio de razonabilidad.

163. En consecuencia, no habiendo superado el quinto paso del test de igualdad, el artículo 33° inciso 1) de la Ley N.º 28665 resulta inconstitucional por vulnerar el principio-derecho de igualdad. En efecto, la disposición cuestionada viola el derecho a la igualdad en la ley de aquellos candidatos que reuniendo las condiciones necesarias para acceder a la función jurisdiccional en el ámbito penal militar, se ven imposibilitados de hacerlo debido a la prohibición desproporcionada e irrazonable de la medida legislativa cuestionada.

#### **D. Análisis de constitucionalidad del régimen transitorio contemplados en la Ley 28665**

164. Por conexión con las disposiciones cuestionadas, toca ahora examinar la Segunda Disposición Transitoria de la Ley 28665, que establece lo siguiente:

SEGUNDA.- Designaciones temporales de Vocales, Jueces y auxiliares jurisdiccionales, que actúan en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial

En tanto el Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la primera disposición transitoria, convoque a concurso de selección y nombramiento de los Vocales y Jueces que actuarán en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; constitúyese una Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, encargada de la designación de los Vocales de la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República, del Consejo Superior, Consejos Territoriales y Jueces de Juzgados de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; la misma que se conforma por:

- Dos (2) Oficiales jurídicos militares policiales con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente en situación militar o policial de retiro, que hubiesen desempeñado labor jurisdiccional en la justicia militar policial, designados por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

- Dos (2) Oficiales jurídicos militares policiales con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente en situación militar o policial de retiro, que hubiesen desempeñado labor fiscal en la justicia militar policial, designados por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

- Tres (3) representantes designados por el Consejo Nacional de la Magistratura.

Los integrantes de la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora deben ser designados e instalarse dentro de los cinco (5) días naturales de publicada la presente Ley; debiendo en un plazo máximo de veinticinco (25) días naturales de instalada designar temporalmente a los tres (3) Vocales Supremos jurídico militar o policial que integran la

Sala Suprema Penal Militar Policial. Los Vocales Supremos designados temporalmente, deben, en lo posible, haber prestado servicios en diferentes Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

(...) Luego de la designación de los tres (3) Vocales Supremos Jurídicos Militares Policiales de la Sala Suprema Penal Militar Policial; la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, cuenta con un plazo máximo de treinta (30) días naturales para señalar los requisitos, evaluar y designar temporalmente por dos (2) años prorrogables a dos (2) años más, a los Vocales Superiores, luego de lo cual tiene un plazo máximo de sesenta (60) días naturales para evaluar y designar temporalmente por dos (2) años prorrogables a dos (2) años más a Vocales Territoriales, Jueces Penales Militares Policiales, Relatores y Secretarios de Sala y de Juzgado de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, entre los oficiales en situación de actividad provenientes de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Instituciones de las Fuerzas Armadas y/o Policía Nacional. (...)

165. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora creada por la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665, así como la Cuarta Disposición Transitoria de la misma ley, son inconstitucionales por vulnerar las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). En efecto, los artículos 150º y 154º inciso 1) de la Constitución establecen que el CNM “se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales” y de “Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles (...)”. Las disposiciones que crean y regulan la cuestionada Junta Transitoria violan tales disposiciones constitucionales, al arrogarse las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que establecen que esta Junta Transitoria, compuesta por 4 oficiales jurídicos, además de 3 representantes designados por el CNM, se encargará del nombramiento de jueces y fiscales.

166. El hecho de que esta Junta Transitoria se encuentre conformada por tres representantes del CNM no la legitima para “designar” temporalmente a los jueces y fiscales de la especialidad penal militar. Si la Norma Fundamental ha establecido que los jueces y fiscales deben ser seleccionados y nombrados por el CNM entonces el Legislador se encuentra prohibido de crear un organismo como la mencionada Junta Transitoria. La jurisdicción militar forma parte del Poder Jurisdiccional del Estado y como tal se encuentra vinculada por el conjunto de disposiciones constitucionales relacionadas con su naturaleza de órgano jurisdiccional, dentro de las cuales destaca claramente las que regulan el sistema de nombramiento de los jueces militares. En lo que se refiere al Ministerio Público, si bien la especificidad de la materia penal militar puede justificar la existencia de Fiscales Penales Militares dentro del mencionado órgano constitucional, éstos no se encuentran desvinculados de la Norma Fundamental, la que ha establecido, como ya se ha mencionado, que el ente encargado de nombrar a los fiscales, en todos los niveles, es el Consejo Nacional de la Magistratura.

167. Asimismo, por vulnerar el principio de unidad de la función jurisdiccional y la garantía institucional del Ministerio Público es inconstitucional la Quinta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665, toda vez que someten a órganos del Poder Judicial y el

Ministerio Público a un sistema de control disciplinario incompatible con el estatuto jurídico básico que poseen ambos órganos constitucionales.

### §3. El control del Tribunal Constitucional, la legitimidad de las sentencias interpretativas y los efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad

#### 4.1. La legitimidad de las sentencias interpretativas

168. Teniendo en cuenta que en el presente caso, al examinar el inciso 1) del artículo 9° de la Ley 28665, este Colegiado estimó necesario, en ese extremo, acudir a la diferencia entre los términos *disposición* y *norma* y expedir una sentencia interpretativa, corresponde analizar seguidamente la legitimidad de las sentencias interpretativas.

169. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en anterior oportunidad, “Al comprender que la Constitución es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede ser interpretada, se comprende también que la jurisdicción constitucional no es solamente la negación o afirmación de la legislación, sino también su necesario complemento. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional es una colaboradora del Parlamento, no su enemiga”. [\[41\]](#)

170. Asimismo, debe tenerse en consideración la propia estructura de las disposiciones constitucionales, en las que el grado de indeterminación es mayor, tanto por el origen de las mismas (pues muchas veces estas disposiciones son fruto de un consenso alcanzado entre fuerzas políticas) como por su finalidad (pues estas disposiciones buscan lograr fórmulas en las cuales puedan tener cabida diversas orientaciones políticas), lo que justifica que el Tribunal Constitucional se encuentre obligado al uso de aquellos métodos interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de “órgano de control de la Constitución” (artículo 201 de la Constitución). Todo ello, evidentemente, con pleno respeto por los límites que de la propia Norma Fundamental se desprendan.

171. Cada uno de los distintos tipos de sentencias interpretativas e integrativas tiene su fundamento en las disposiciones de la Norma Fundamental. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

Dado que al Parlamento asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93°), el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que sólo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución. De esta manera, el fundamento constitucional de las *sentencias interpretativas propiamente dichas* se encuentra en los artículos 38°, 45° y 51° de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); ergo, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93° de la Constitución. [resaltado

agregado]

Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene la obligación, de conformidad con el artículo 45° de la Constitución, de actuar de acuerdo con las responsabilidades que ésta exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, tiene el deber —en la medida de que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan— de cubrir dicho vacío normativo a través de la integración del ordenamiento pues, según reza el artículo 139°, inciso 8, de la Constitución, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

De otro lado, dado que en la generalidad de los casos las **sentencias aditivas e integrativas**, buscan reparar la desigualdad derivada de aquello que se ha omitido prescribir en la disposición sometida a control, el fundamento normativo para declarar la inconstitucionalidad de la omisión descrita, a efectos de entender incluido en el supuesto normativo de la disposición al grupo originalmente discriminado, se encuentra en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución, que proclama la igualdad ante la ley y proscribire todo tipo de discriminación, en su artículo 200° in fine, que reconoce el principio de razonabilidad (principio que transita y se proyecta a la totalidad del ordenamiento jurídico), y en el artículo 51°, que exige la unidad constitucional del ordenamiento jurídico. [resaltado agregado]

Sin duda, la jurisdicción no puede legislar desde un punto de vista formal; es decir, no tiene la capacidad de creación jurídica ex novo dentro del marco constitucional, pues dicha competencia ha sido reservada constitucionalmente al Congreso (artículos 90° y 102° 1) y, en su caso, al Poder Ejecutivo, a través del dictado de decretos legislativos (artículo 104°) o decretos de urgencia (artículo 188°, inciso 19). Sin embargo, dado que la sentencia constitucional conlleva una función interpretativa (concretizadora) de la Constitución y las leyes, es también fuente de derecho, pues permite definir con carácter vinculante y efectos generales los alcances normativos de sus disposiciones. Por ello, cuando los artículos 138°, 201°, 202°, inciso 1, y 204°, establecen el control difuso y concentrado de constitucionalidad de las leyes, no reservan a la jurisdicción constitucional solamente garantizar el respeto por la Constitución, sino también, en el marco del proceso constitucional, promocionar y proyectar su postulado normativo (artículos 38° y 45° de la Constitución).

De otro lado, las *sentencias exhortativas* propiamente dichas, en las que el Tribunal Constitucional modula los efectos en el tiempo de sus sentencias de manera tal que el Congreso de la República pueda, por vía legal, adoptar las medidas que eviten las consecuencias inconstitucionales que puedan derivarse de la expulsión de una ley del ordenamiento, no sólo tienen sustento constitucional en el artículo 45°, que exige a este Tribunal medir responsablemente las consecuencias de sus decisiones, sino también en la fuerza de ley de dichas sentencias, prevista en el tercer párrafo del artículo 103° de la Constitución, y, en consecuencia, en los distintos efectos temporales que aquellas pueden alcanzar, sobretodo cuando versan sobre materias específicas, como la tributaria (artículo 74°) y penal (artículo 103°). [resaltado agregado] <sup>[42]</sup>

172. Sin duda alguna, si el Tribunal Constitucional no procediera de la forma descrita y,



por el contrario, se limitara a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sin ningún tipo de ponderación o fórmula intermedia, como la que ofrecen las referidas sentencias, el resultado sería manifiestamente inconstitucional y entonces nos encontraríamos en el escenario de un Tribunal que, con sus resoluciones, fomentaría un verdadero clima de inseguridad jurídica, en nada favorable al Estado social y democrático de derecho. Sólo hace falta imaginarse cuál sería la situación que se podría plantear este Tribunal hubiese declarado inconstitucionales, por ejemplo, las normas que, años atrás, regulaban los procesos seguidos contra el terrorismo (Exp. N.º 0010-2002-AI/TC) o ante la jurisdicción militar (Exp. N.º 0023-2003-AI/TC).<sup>[43]</sup>

### 3.2. La seguridad jurídica y la necesidad de diferir los efectos de las sentencias

173. Sobre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204º de la Constitución establece que: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

174. Más allá de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales o Cortes Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento, constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional de Derecho, pues con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, se tiende a aplazar o suspender los efectos de ésta.

175. Ello, sin lugar a duda, no implica una total discrecionalidad o arbitrario accionar por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario. Como sostiene Zagrebelsky, esta potestad de diferir los efectos de sus decisiones, “empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con firmeza por parte de la Corte Constitucional, sería una demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias”. “[E]l orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional”. Es por ello que “La Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando éstos pueden determinar consecuencias que transtornen aquel orden y aquella gradualidad. En tales casos ella no puede observar pura y simplemente –es decir, ciegamente– la eliminación la ley inconstitucional, tanto para el pasado como para el futuro. La ética de la responsabilidad exige esta atención”.<sup>[44]</sup>

176. Asimismo, Franco Modugno ha sostenido que circunscribir los efectos «naturales» de los pronunciamientos de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional constituye una necesidad que deriva de su rol institucional: “*eliminar las leyes inconstitucionales del ordenamiento, pero sin producir situaciones de mayor*

*inconstitucionalidad*, sin que los resultados de su juicio sean todavía más perjudiciales para el ordenamiento. Toda la historia de las sentencias interpretativas, desestimatorias y estimatorias, de las manipulativas, aditivas o sustitutivas, está allí para demostrarlo. El *horror vacui*, el temor a la laguna, a menudo es justificado por la advertencia que el *posterius* puede resultar más inconstitucional que el *prius*. El temor a la laguna acude por tanto, a valores constitucionales imprescindibles. No obstante, sin querer renunciar, por otra parte, a la declaración de inconstitucionalidad, un remedio a veces eficaz, en determinadas circunstancias, puede ser aquel de la limitación de sus efectos temporales”.

[45]

177. Pese a lo expuesto, esta potestad de los Tribunales Constitucionales para diferir en el tiempo los efectos de sus decisiones de inconstitucionalidad no siempre ha sido bien entendida por algunos sectores de la doctrina, como tampoco por parte de algunos poderes públicos, cuando éstos últimos han propugnado la eliminación de esta potestad, desconociendo de este modo el *horror vacui* que puede generar, en determinados supuestos, el hecho de que una sentencia de inconstitucionalidad pueda tener efectos inmediatos. Precisamente, el caso de las disposiciones cuestionadas de la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, constituye un claro ejemplo de los efectos destructivos y las lagunas normativas que se generarían si este Tribunal, desconociendo su responsabilidad constitucional, decidiera que la sentencia de inconstitucionalidad surta efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano. Veamos por qué.

178. No debe dejarse de lado, la consideración de que la potestad de diferir los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, no implica en modo alguno suplantar la labor del Poder Legislativo, sino precisamente el reconocimiento de que es éste el órgano constitucional competente para establecer la regulación respectiva.

179. Como se ha podido observar a lo largo de la presente sentencia, la referida ley, regula las diferentes funciones y competencias que tienen los órganos de la jurisdicción militar: La Sala Suprema Penal Militar Policial, el Consejo Superior Militar Policial, los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales y los Juzgados Penales Militares Policiales. En ese sentido, si como ha sucedido en el caso de autos, el Tribunal Constitucional estima que los órganos jurisdiccionales de esta jurisdicción, así como las fiscalías penales militares policiales, no pueden estar compuestos, respectivamente, por jueces y fiscales que a su vez sean oficiales en actividad –en tanto subordinados al poder castrense– y que una Junta Transitoria no puede reemplazar al Consejo Nacional de la Magistratura en el nombramiento de los jueces y fiscales, entonces, la declaración de inconstitucionalidad de las respectivas disposiciones, de surtir efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial, ocasionaría las siguientes consecuencias, entre otras:

- Los órganos de la jurisdicción militar simplemente no podrían funcionar.

- Las fiscalías penales militares policiales no podrían funcionar.
- No existirían órganos legítimos que tramiten los respectivos procesos judiciales de la jurisdicción militar.
- Los procesados que se encontraran sufriendo detención judicial preventiva deberían ser puestos inmediatamente en libertad.
- En suma: paralización total del sistema de justicia militar

180. No obstante, atendiendo a la responsabilidad que ha encomendado la Constitución a este Supremo Tribunal en los artículos 45°, 139° inciso 8, 201° y 202° y a fin de evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad, es necesario diferir los efectos de la presente sentencia.

### 3.3. La sentencia del Tribunal Constitucional y los efectos de la Ley N.° 28665

181. Cabe destacar que la Única Disposición Final de la Ley N.° 28665, estableció lo siguiente:

La presente Ley de Organización, Competencia y Funciones de la Justicia Militar Policial, entra en vigencia a los ciento veinticinco días (125) días naturales contados desde el día siguiente a la fecha de su publicación en el diario oficial El Peruano. [resaltado agregado]

Entran en vigencia al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial El Peruano las siguientes disposiciones de la presente Ley: [resaltado agregado]

- Los artículos I al XI del Título Preliminar.
- Los artículos 34 y 52.
- Primera, Segunda, Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima y Octava Disposiciones Complementarias.
- Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta, Octava, Novena, Décima, Decimaprimer, Decimatercera, Decimacuarta, Decimaquinta Disposiciones Transitorias.
- La Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta Disposiciones Modificadorias y Derogatorias.
- La Única Disposición Final.

Entran en vigencia a los:

- Treinta y cinco (35) días de publicada la presente Ley, los artículos 8 al 15. [resaltado agregado]

182. Si bien, en el presente caso, la demandante no ha cuestionado todas las disposiciones de la mencionada ley, el Tribunal Constitucional, conforme a sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, debe pronunciarse sobre los efectos de las disposiciones cuestionadas y, por conexión, sobre otras disposiciones de la aludida ley.

183. Habiéndose acreditado que la Segunda, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias de la Ley N.° 28665 son inconstitucionales por cuanto vulneran las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, así como el principio de unidad de la función

jurisdiccional y la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, por crear una Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, encargada de la designación de los jueces de la jurisdicción militar y fiscales penales militares policiales, y además, observándose que conforme a la Única Disposición Final, las mencionadas Disposiciones Transitorias se encuentran en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial (7 de enero de 2006), el Tribunal Constitucional considera que la declaración de inconstitucionalidad de la Segunda, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias surte efectos a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia.

184. En el caso del resto de disposiciones que resultan inconstitucionales, el Tribunal Constitucional debe disponer una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados a partir de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad de las mismas, surta todos sus efectos, siendo expulsadas del ordenamiento jurídico. Dicho lapso permitirá que el legislador regule la respectiva organización de la jurisdicción militar.

185. Cabe precisar que la mencionada *vacatio sententiae* (6 meses), no implica que se deba esperar a que transcurra este lapso de tiempo en su totalidad, sino que, atendiendo a sus atribuciones constitucionales, el Legislador pueda expedir la respectiva regulación incluso durante los primeros meses de tal período.

186. Finalmente, es necesario tener en cuenta que, tal como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, “la organización y funcionamiento de representantes del Ministerio Público para que ejerzan sus atribuciones en el ámbito de la jurisdicción militar no requiere inexorablemente del dictado de legislación ad hoc”.<sup>[46]</sup> En ese sentido, el Tribunal Constitucional debe declarar que el Ministerio Público puede ejercer las atribuciones que señala su Ley Orgánica para designar los fiscales con formación especializada que actúen ante la jurisdicción militar policial.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica

## HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad de autos, en consecuencia, inconstitucionales las disposiciones de la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, que a continuación se mencionan:

- a) Inconstitucional el extremo del artículo 8º, que establece lo siguiente: “las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma

específica”; quedando redactado del siguiente modo: “La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Penal Militar Policial, sujeta a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

b) Inconstitucional, en parte, el artículo 30° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Cuarta Disposición Modificatoria y Derogatoria de la Ley N.º 28665, en el extremo que establece: “cuya conformación y Presidencia, se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo: “El trabajo jurisdiccional en materia Penal Militar Policial es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial”.

c) Inconstitucional el extremo de la Sexta Disposición Complementaria que establece: “la misma que, previa aprobación por la Sala Suprema Penal Militar Policial, es remitida al Poder Ejecutivo para que en el plazo de diez (10) días contados desde su recepción proceda a aprobarla mediante Decreto Supremo”, quedando redactado del siguiente modo: “La Sala Suprema Penal Militar Policial, a más tardar dentro de los cinco (5) días calendario de instalada, procede a designar a la Comisión encargada de elaborar, en el plazo de ciento veinte (120) días calendario, la propuesta de Reglamento de la presente Ley”.

d) Inconstitucional el extremo del inciso 1) del artículo 10° que establece: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo: “La Sala Suprema Penal Militar Policial está integrada por cinco (5) Vocales Supremos; tres (3) con formación jurídico militar policial; los mismos que pasan a la situación de retiro en la fecha de su nombramiento, con el grado militar o policial que ostenten; y dos (2) Vocales provenientes de la jurisdicción ordinaria”.

e) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 10°.

f) Inconstitucional el inciso 3) del artículo 12°.

g) Inconstitucionales los extremos del artículo 14° que establecen lo siguiente: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial” y “para todos los efectos”, quedando redactado del siguiente modo: “Al asumir el cargo de Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial, el magistrado adquiere la condición de Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 10.1”.

h) Inconstitucionales el extremo del inciso 6) del artículo 9°, que establece lo siguiente “las cuestiones de competencias, en relación, con los delitos de función, así como”, quedando redactado del siguiente modo: “Dirimir los conflictos sobre atribuciones que se presenten entre órganos de esta jurisdicción especializada; en los casos de cuestiones de competencias corresponde actuar como Vocal ponente a

cualquiera de los Vocales Supremos proveniente de la Jurisdicción Ordinaria”, y los incisos 1), 2) y 3) del artículo 6°.

i) Inconstitucionales el inciso 7) del artículo 9°, el inciso 5) del artículo 17° y los incisos 1), 2) y 3) del artículo 36°.

j) Inconstitucional el inciso 7) del artículo 15°.

k) Inconstitucionales el primer y segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria.

l) Inconstitucional el inciso a) del apartado referido al Cuerpo Judicial Penal Militar Policial del artículo XII del Título Preliminar en el extremo que establece lo siguiente: “en la Junta Suprema de Fiscales del Ministerio Público”.

m) Inconstitucionales el inciso b) del apartado referido al Cuerpo Judicial Penal Militar Policial del artículo XII del Título Preliminar en el extremo que establece lo siguiente: “Oficiales Judiciales en situación militar o policial de actividad que se desempeñan como”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Vocales Superiores, Territoriales, Jueces, Relatores y Secretarios de Sala y de Juzgado, de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, así como el cuarto párrafo del artículo XII y el inciso 3) del artículo 81°, este último en los extremos que establece lo siguiente “en situación de actividad”.

n) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 16°, en el extremo que establece lo siguiente: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del siguiente modo: “El Consejo Superior está conformado por diez (10) Vocales Superiores”.

o) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 24°, en el extremo que establece lo siguiente: “con grado militar o policial de Coronel o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del siguiente modo: “Cada Sala está conformada por tres (3) Vocales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial; son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo concurso público de méritos y evaluación personal; el que extiende el título oficial que los acredita”.

p) Inconstitucional el artículo 31°, en el extremo que establece lo siguiente: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, con grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Jueces Penales Militares Policiales son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo concurso público de

méritos y evaluación personal; el que extiende el título oficial que los acredita”.

q) Inconstitucional la Cuarta Disposición Complementaria.

r) Inconstitucionales los incisos 1) y 2) del artículo 33°, el inciso 1) del artículo 81°, el inciso 5) del artículo 15°, los artículos 23° y 28°, los incisos 1) y 2) del artículo 5°, y la Séptima Disposición Complementaria.

s) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 55° en el extremo que establece lo siguiente: “entre los Fiscales Penales Militares Policiales, con el grado de General de Brigada o equivalente en situación de actividad”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo concurso público de méritos y evaluación personal; el que extiende la resolución de nombramiento y entrega el título oficial que lo acredita”.

t) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 55° que establece lo siguiente: “e integrar el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo: “Para ser nombrado Fiscal Supremo Penal Militar Policial se requiere tener necesariamente formación jurídico militar policial”.

u) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 49° en los extremos que establecen lo siguiente: “e integran el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del Ministerio Público”, “a sus órganos de control; conforme” y “a lo dispuesto en la presente Ley; esto último, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica”, quedando redactado del siguiente modo: “Son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, se encuentran sujetos a la Constitución y a la Ley Orgánica del Ministerio Público”.

v) Inconstitucional el artículo 53° en el extremo que establece lo siguiente: “con excepción de lo previsto en la presente Ley, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Fiscales Penales Militares Policiales se rigen conforme a las disposiciones emanadas de los órganos de gestión contemplados en la Ley Orgánica del Ministerio Público”.

w) Inconstitucionales el inciso 2) del artículo 56°, los incisos 1), 2) y 4) del artículo 82°, así como el último párrafo del artículo XII del Título Preliminar y el apartado 8 del inciso 1) del artículo 56°.

x) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 49°.

y) Inconstitucionales el inciso 3) del artículo 57°, los incisos 3) y 4) del artículo 58°, el inciso 2) del artículo 59°, el inciso 1) del artículo 60°, el inciso 2) del artículo 61°, el inciso 1) del artículo 62°, el inciso 2) del artículo 63°, y el inciso 3) del artículo 82°, en

cuanto establecen lo siguiente: “en situación de actividad”.

z) Inconstitucional el inciso b) del apartado referido al Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del artículo XII del Título Preliminar en los extremos que establecen lo siguiente: “Oficiales” y “en situación militar o policial de actividad”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Fiscales que se desempeñan como Fiscales Superiores, Territoriales, ante Juzgados, y los adjuntos, que actúan ante las diferentes instancias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”.

aa) Inconstitucionales la Segunda Disposición Transitoria que crea la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, así como la Cuarta y Quinta Disposición Transitoria.

2. Declarar que el inciso 1) del artículo 9) debe ser interpretado conforme a lo expuesto en los Fundamentos 54 a 58 de la presente sentencia.

3. Declarar infundada la demanda en los extremos en que se cuestionan el artículo I, el inciso 1) del artículo 1°, los incisos 3) y 4) del artículo 15° y el artículo 80° de la Ley N.º 28665.

4. Declarar que forma parte del fallo lo expuesto en el Fundamento N.º 2 de la presente sentencia.

5. Disponer que la declaración de inconstitucionalidad de la Segunda, Cuarta y Quinta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665 surte efectos al día siguiente de la publicación de la presente sentencia.

6. Disponer, respecto del resto de normas declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales.

7. Declarar que el Ministerio Público puede ejercer las atribuciones que señala su Ley Orgánica para designar los fiscales con formación especializada que actúen ante la jurisdicción militar policial.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA**  
**GONZALES OJEDA**  
**ALVA ORLANDINI**



**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**VERGARA GOTELLI**  
**LANDA ARROYO**

- 
- [1] Expediente 0023-2003-AI/TC, FFJJ 16 y 17
- [2] Expediente 0017-2003-AI/TC, FFJJ 116-117
- [3] Expediente 0017-2003-AI/TC, FJ 120
- [4] Expediente 06167-2005-HC/TC FJ 7.
- [5] Expediente 06167-2005-HC/TC FJ 8
- [6] Expediente 0023-2003-AI/TC, Resolución aclaratoria, FFJJ 3 y 6
- [7] Expediente 0023-2003-AI/TC, FFJJ 28, 29, 31 y 33
- [8] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trotta, Valladolid, 1995, p.602.
- [9] LOPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2001, pp. 45 y 46.
- [10] Expediente 0023-2003-AI/TC, FJ 34.
- [11] DOIG DÍAZ, Yolanda. “La Justicia Militar a la luz de las garantías de la jurisdicción”. En: *La reforma del Derecho Penal Militar*. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. PUCP, pp. 57-58.
- [12] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984.
- [13] Expediente 0023-2003-AI/TC, FJ 34
- [14] Expediente N.º 0023-2003-AI/TC, Resolución aclaratoria, FFJJ 3 y 6.
- [15] Informe Defensorial 104, denominado “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961”, p. 38.
- [16] Expediente 0023-2003-AI/TC FFJJ 42 y 44.
- [17] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, párrafos 155 y 156.
- [18] Expediente 0023-2003-AI/TC FJ 35
- [19] Expediente 0023-2003-AI/TC FFJJ 36 y 37
- [20] MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*, 9.ª ed., Tomo II, Padova, Cedam, 1976. pp.823.
- [21] Expediente N.º 0005-2004-AI/TC FJ 11.
- [22] ARISTÓTELES. *Política*, III 9 1280 a. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés, Editorial Gredos, Madrid, 1999, p.174.
- [23] BILBAO UBILLOS, Juan María y otro. *El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española*. En: *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, p. 106.
- [24] Expediente 0018-2003-AI/TC

- [25] Expediente 0261-2003-AA/TC. FJ 3.1
- [26] Expediente 0001-2003-AI/TC FJ 11.
- [27] Expediente 0261-2003-AA/TC. FJ 3.1.
- [28] BARNÉS, Javier. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*. Cuadernos de Derecho Público N.º 5, España, 1998, pp. 15 y ss.
- [29] Tribunal Constitucional Federal Alemán, *BverfGE (1980)55, 72 (88)*.
- [30] GIMENEZ GLÜCK, David. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Bosch, Madrid, 2004. pp. 58 y 69.
- [31] Expediente N.º 00045-2004-AI/TC FJ 35.
- [32] GIMENEZ GLÜCK, David. *Op.cit.* p.109.
- [33] BARNÉS, Javier. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*. Cuadernos de Derecho Público N.º 5, España, 1998, pp. 109.
- [34] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, pp.693-694.
- [35] BERNAL PULIDO, Carlos. *Op.cit.* p. 713.
- [36] Expediente 00045-2004-AI/TC FJ 38.
- [37] GIMENEZ GLÜCK, David. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Bosch, Madrid, 2004. p.303.
- [38] Expediente 00045-2004-AI/TC FJ 36.
- [39] Expediente 0016-2002-AI/TC, FFJJ 11 y 12.
- [40] Expediente 0023-2003-AI/TC, FFJJ 85 ss.
- [41] Expediente 0030-2005-PI/TC FJ 50.
- [42] Expediente N.º 0030-2005-PI/TC. FFJJ 53 a 56.
- [43] Expediente N.º 0030-2005-PI/TC. FJ 57.
- [44] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*. En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a 24 novembre 1988*. Giuffrè, Milano, 1989. pp.195 y 198.
- [45] MODUGNO, Franco. *Consideración sul tema*. En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a 24 novembre 1988*. Giuffrè, Milano, 1989. p. 15.
- [46] Expediente N.º 0023-2003-AI/TC resolución aclaratoria. FJ 7.