

EXP. N.º 00002-2008-PI/TC
LIMA
TREINTA Y UN CONGRESISTAS
DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 9 DE SETIEMBRE DE 2009

**PROCESO DE
INCONSTITUCIONALIDAD**

**31 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA C/. CONGRESO DE LA
REPÚBLICA**

SÍNTESIS

Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 29166, que aprueba normas complementarias a la Ley N.º 28222 y las reglas del empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el Territorio Nacional.

Magistrados firmantes

**VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 00002-2008-PI/TC
LIMA
TREINTA Y UN CONGRESISTAS
DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de setiembre de 2009, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Mesía Ramírez y Calle Hayen, que se agregan.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por treinta y un Congresistas de la República, actuando como apoderado don Daniel Abugattás Majluf, contra la segunda parte del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de diciembre de 2007, mediante la cual se establece las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

II. NORMA DEMANDADA DE INCONSTITUCIONALIDAD

LEY N.º 29166

LEY QUE ESTABLECE REGLAS DE EMPLEO DE LA FUERZA POR PARTE DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL TERRITORIO NACIONAL

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO

OBJETO, ALCANCES Y NATURALEZA

Artículo 1.- Objeto de la Ley

Establecer el marco legal que permita regular el empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas

en cumplimiento del ejercicio de su función constitucional.

Artículo 2.- Alcances de la Ley

La presente Ley es aplicable al personal militar, cuando por razones del ejercicio de su función militar, asuma el control del orden interno o apoye en el restablecimiento del mismo.

Artículo 3.- Naturaleza de las Reglas del Empleo de la Fuerza

Las Reglas de Empleo de la Fuerza (REF) son normas que debe seguir el personal militar de todos los niveles en el planeamiento, conducción y ejecución de operaciones o acciones militares en el territorio nacional.

TÍTULO II

PRINCIPIOS RECTORES DEL EMPLEO DE LA FUERZA

CAPÍTULO ÚNICO

PRINCIPIOS

Artículo 4.- Carácter vinculante

Los principios rectores del empleo de la fuerza, referidos en el artículo 5, tienen carácter vinculante para el personal militar que cumple su función militar relacionada con la presente Ley.

Artículo 5.- Principios

Los principios rectores para el uso de la fuerza son los siguientes:

a) Legalidad: El empleo de la fuerza, por parte del personal militar, se enmarca en la normatividad vigente. Durante el ejercicio de la función militar, dicho personal sujeta su accionar y conducta a lo previsto en la Constitución Política del Perú, en la legislación nacional y en la presente Ley, en estricta observancia de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, según corresponda.

b) Necesidad: Situación que justifica el uso de la fuerza por personal militar, ante un acto hostil o intento de cometerlo. Su finalidad es lograr neutralizar la amenaza.

c) Proporcionalidad: Es el uso de la fuerza, en cumplimiento de la misión encomendada, la cual debe ser la necesaria en intensidad, duración y magnitud, para oponerse a un acto hostil o intento de cometerlo.

d) Inmediatez: Es la acción oportuna de empleo de la fuerza que se adopta ante una situación de agresión de carácter inminente la misma que, de no ser ejecutada de inmediato, podría ocasionar perjuicios vitales a aquellas fuerzas o personas que actúan dentro de la legalidad.

e) Obligatoriedad: Al asignarse órdenes para una misión orientada a la participación del personal militar en acciones relacionadas con el orden interno, deben incluirse las Reglas de Empleo de la Fuerza.

f) Razonabilidad: Principio a través del cual el personal militar debe diferenciar las diversas situaciones de alteración del orden interno que pueden generar grupos hostiles, evaluando la duración, magnitud, continuidad, riesgos y nivel de intensidad de los actos hostiles o intentos de cometerlos.

TÍTULO III

REGLAS PARA EL EMPLEO DE LA FUERZA

CAPÍTULO I

DE LAS REGLAS

Artículo 6.- Definición

Las Reglas para el Empleo de la Fuerza son disposiciones que regulan el uso adecuado de la fuerza por parte del personal militar dentro del territorio nacional. Son de obligatoria difusión, capacitación, entrenamiento y cumplimiento por el personal militar.

Artículo 7º.- Situaciones que determinan el uso de la fuerza

Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, **participa** en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia; **o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza** en las siguientes situaciones:

- a) En cumplimiento de la misión asignada.
- b) Legítima defensa: es el derecho del personal militar a utilizar la fuerza contra acciones que pongan en riesgo su vida o integridad física, así como la del personal bajo su protección.
- c) Acto hostil: Es un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares.
- d) Intención hostil: Es la amenaza o tentativa de uso ilícito de armas, la que se evidencia a través de una acción preparatoria para la realización de un acto hostil.

En las situaciones descritas, a excepción de la señalada en el inciso d), y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal.

Artículo 8.- Acciones para el empleo de la fuerza

Las acciones que el personal militar debe seguir, cuando haga uso de la fuerza en el ejercicio de la función militar, siempre y cuando la situación operacional lo permita y no se encuentre en riesgo su vida o integridad física, son las siguientes:

- a) Acción de advertencia.
- b) Acción disuasiva.
- c) Acción intimidatoria.
- d) Acción de rechazo.

Las reglas de carácter específico para el empleo de la fuerza por parte del personal militar, en cada una de estas acciones, son precisadas en el reglamento correspondiente.

Artículo 9.- Excepción

Exceptúanse de las acciones señaladas en el artículo 8 las situaciones definidas en los incisos a), b) y c) del artículo 7, en las cuales procede el uso inmediato de la fuerza.

Artículo 10.- Adecuación de reglas

El Comandante de la operación está facultado para adecuar las reglas de empleo de la fuerza de acuerdo a las circunstancias, o por razones relacionadas con la configuración del terreno, clima, idioma, horario, capacidad del enemigo o cualquier otra situación que lo amerite.

CAPÍTULO II

APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE EMPLEO DE LA FUERZA

Artículo 11.- Uso necesario de la fuerza

El Comandante de la operación ordena el uso necesario de la fuerza, teniendo en cuenta los procedimientos establecidos en el reglamento correspondiente.

Artículo 12.- Legítima defensa y principios de proporcionalidad e inmediatez

El uso necesario de la fuerza está directamente relacionado con el ejercicio de la función militar, debiendo primar la legítima defensa y los principios de proporcionalidad e inmediatez, en el caso de acto hostil definido en el inciso c) del artículo 7.

TÍTULO III

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA MILITAR POLICIAL

CAPÍTULO ÚNICO

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Artículo 13.- Acciones del personal militar

Todas las acciones que lleve a cabo el personal militar en el ejercicio de su función y en aplicación de la presente Ley, que se presuman delitos de función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial, en

concordancia con el artículo 173 de la Constitución Política del Perú.

III. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Argumentos de la demanda

Los recurrentes manifiestan en el texto de la demanda (fojas 1 a 17), que las cuestionadas disposiciones violan los artículos 137° y 165° de la Constitución, referidos al control y el manejo del orden interno, toda vez que la Carta Política establece un espacio de acción claramente restringido a las Fuerzas Armadas. Por tanto, la presente ley viola dicho mandato constitucional (fojas 5).

Aducen que de acuerdo con el artículo 137° de la Constitución, las Fuerzas Armadas únicamente pueden asumir el control del orden interno cuando se haya dado una declaratoria del estado de emergencia y que dicha intervención solamente puede ser autorizada por el Presidente de la República. El hecho que el primer párrafo del artículo 7 de la Ley N° 29166 faculte a las Fuerzas Armadas para que intervengan en el control del orden interno en zonas no declaradas en zonas de emergencia genera una infracción directa a la Constitución (fojas 6).

Complementariamente al petitorio, los demandantes sostienen que la Constitución Política faculta de forma exclusiva a la Policía Nacional del Perú a garantizar, mantener y restablecer el orden interno, de acuerdo con el artículo 166° de la Carta. Por ende, la ampliación de facultades a las Fuerzas Armadas en desmedro de la Policía Nacional por parte de una ley constituye una violación directa a la Carta Política.

Sobre la facultad que tienen las Fuerzas Armadas para el uso de la fuerza letal previsto en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N.º 29166, los demandantes consideran que viola los artículos 1° y 2°, numeral 1) de la Carta, conforme a la dignidad de la persona y el respeto al derecho a la vida, los cuales constituyen el fin supremo del Estado. En este sentido, sostienen que es contrario al fin mismo del Estado que las propias entidades encargadas de velar por la protección y seguridad de los ciudadanos puedan hacer uso de la fuerza letal cuando: a) se esté cumpliendo la misión asignada; b) se actúe en legítima defensa; o c) se enfrente a un acto hostil (fojas 12). Por esta razón, solicitan al Tribunal Constitucional que se declare la inconstitucionalidad de esta disposición por constituirse en una violación directa a la Constitución.

En el desarrollo del proceso, el 28 de noviembre de 2008 la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Instituto de Defensa Legal presentaron de forma conjunta un *amicus curiae* (fojas 71).

Contestación de la demanda

El 8 de enero de 2009, el Congreso de la República radica ante el Tribunal Constitucional a través de su apoderado, don Jorge Campana Ríos, el escrito de contestación de la demanda, solicitando que se declare infundada la totalidad de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Grupo Parlamentario Nacionalista (fojas 34 a 62).

Con respecto a la presunta inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 7 de la Ley N.º 29166 frente a los artículos 137° y 165° de la Constitución, sostiene que a partir de una lectura sistemática de las normas se debe diferenciar entre la posibilidad de que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno bajo un estado de emergencia y la labor de apoyo a la Policía Nacional en zonas no declaradas en estado de emergencia (fojas 38).

De forma complementaria argumenta que la legislación peruana ha regulado otras situaciones bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden intervenir en zonas no declaradas en estado de emergencia, como ocurre en el caso de la Ley N.º 28222, la cual permite la actuación de las Fuerzas Armadas ante casos de terrorismo u otros que atenten gravemente contra el orden interno que sean de similar gravedad (fojas 38). Asimismo, hace referencia a la Ley Orgánica de la Marina de Guerra del Perú, Decreto Legislativo N.º

438, la cual le encarga la seguridad y vigilancia de Puertos y Muelles (fojas 39).

Con respecto a la posibilidad de que las Fuerzas Armadas hagan uso de la fuerza letal, de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N.º 29166, argumenta que la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que el uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas Armadas está permitido siempre y cuando estas no sea empleada de forma arbitraria, sobre la base de lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, el Reglamento de la Ley N.º 29166, publicado mediante el Decreto Supremo N.º 012-2008-DE-CCFFAA regula las situaciones bajo las cuales se puede hacer uso de la fuerza letal. En este sentido, se determina que la fuerza letal: i) no está dirigida *per se* a causar la muerte, puesto que es solo una probabilidad; y ii) que esta acción es el último recurso que tiene el personal militar (fojas 51).

En resumen, concluye que una interpretación sistemática de la Ley N.º 29166 y su respectivo Reglamento lleva a que el empleo de la fuerza letal se rige por los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad y bajo el criterio de ser el último recurso en los casos y situaciones planteadas expresamente en los artículos 5º y 6º del Reglamento (fojas 52).

Audiencia Pública

La audiencia pública se realizó en la sede del Tribunal Constitucional el 13 de febrero de 2009 en la cual las partes se reafirmaron en los argumentos presentados en sus respectivos escritos.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

- §1. Delimitación de la controversia
- §2. Las Fuerzas Armadas y la Constitución
- §3. Las Fuerzas Armadas y la preservación del orden interno en estados de excepción
- §3.1 La Ley N.º 29166 y la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia.
- §4. La Ley N.º 29166 y el apoyo de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia
- §5. El uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas
- §5.1 La Ley N.º 29166 y el uso de la fuerza letal
- §6. El principio de obligatoriedad y el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas
- §7. El concepto de enemigo en la Ley N.º 29166
- §8. La Ley N.º 29166 y el fuero competente

V. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

1. Teniendo en cuenta el objeto de la presente demanda, este Tribunal Constitucional considera necesario analizar la constitucionalidad de las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas, tanto en el marco de lo sostenido en la demanda presentada por los demandantes como en otras disposiciones contempladas en la Ley N.º 29166.
2. Los artículos 44º y 165º de la Constitución Política autorizan el uso de la fuerza para el mantenimiento de la seguridad y el orden interno. Sin embargo, todo empleo de las armas, incluyendo el uso de la fuerza debe enmarcarse bajo los principios constitucionales de proporcionalidad, necesidad, legitimidad y humanidad, siendo estos aplicados a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario ratificados por el Perú, según el artículo IV de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

3. Así lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al establecer que “en situaciones en que la seguridad del Estado o de los ciudadanos se ve amenazada por la violencia, el Estado tiene el derecho y la obligación de brindar protección contra las amenazas y para ello puede utilizar la fuerza letal en ciertas situaciones. Ello incluye, por ejemplo, el uso de la fuerza letal por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los casos estrictamente inevitables para protegerse o proteger a otras personas contra una amenaza inminente de muerte o lesiones graves o mantener por otros medios la ley y el orden cuando sea estrictamente necesario y proporcionado”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. Washington: OEA/Ser. L/11.116,2002, numeral 87).
4. En primer lugar, lo que debe ser objeto de examen es bajo qué circunstancias y en qué condiciones es posible la participación de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden interno.
5. En segundo lugar, se debe determinar si la prerrogativa de usar la fuerza letal en las situaciones contempladas en el artículo 7° de la Ley N.° 29166 es constitucional.
6. Finalmente, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 78° del Código Procesal Constitucional, este Tribunal deberá examinar la constitucionalidad de otras disposiciones de la Ley N.° 29166 que no han sido objeto de la demanda de inconstitucionalidad, específicamente: (i) el artículo 5°, relativo a los principios rectores para el uso de la fuerza; (ii) el artículo 10°, sobre la adecuación de las reglas; y (iii) el artículo 13°, referido al fuero competente para conocer de las acciones del personal militar.

§2. Las Fuerzas Armadas y la Constitución

7. El artículo 163° de la Constitución establece que “el Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley”.
8. Como este Tribunal ya ha establecido, la Constitución Política caracteriza la Seguridad Nacional como un bien jurídico íntimamente vinculado a la Defensa Nacional, más que a la seguridad ciudadana o al llamado orden interno, (Tribunal Constitucional N.° 005-2001-AI/TC Sentencia del 15 de noviembre de 2001, fundamento 2). Expediente el cual debe ser ejercido, según lo determinado por el artículo 45° de la Constitución, con las limitaciones y responsabilidades establecidas en la Carta.
9. Bajo este contexto, se puede afirmar que las Fuerzas Armadas, como instituciones subordinadas al poder constitucional de acuerdo con lo establecido en el artículo 169° de la Constitución, tienen como misión “la defensa última del Estado, pero de no cualquier forma de Estado, sino del Estado constitucional. Se trata de la defensa última del único sistema que puede hacer efectivos los derechos fundamentales del individuo y, por ende, los principios democráticos, que es lo que dota de legitimación a la existencia misma del Estado”. (COTINO HUESO, Lorenzo. *El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 107-108).
10. A su vez, la seguridad ciudadana comprende la preservación de “la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Quien delinque contra la seguridad ciudadana, no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido, a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología”. (Tribunal Constitucional. Expediente N.° 005-2001-AI/TC. Sentencia del 5 de noviembre de 2001, fundamento 2). En este aspecto, la función de garantizar, mantener y restablecer el orden interno le corresponde, de forma exclusiva pero no excluyentemente, a la Policía Nacional, de acuerdo con el artículo 166° de la Constitución.

11. Lo anterior implica que de manera temporal y extraordinaria, las Fuerzas Armadas pueden asumir el control del orden interno, previa declaración de un estado de excepción y mediante orden expresa del Presidente de la República, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, de acuerdo con los artículos, 137°, 165° y 167° de la Constitución.
12. Esto se justifica en el hecho que la formación académica y profesional impartida al personal de las Fuerzas Armadas tiene como objetivo formar al oficial para que pueda defender la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República y la seguridad de sus habitantes, por lo que solamente en situaciones excepcionales y autorizadas por la Constitución es que se permite que estos actúen en el mantenimiento del orden interno, circunscribiéndose a labores de apoyo a la Policía Nacional. (Ver: PALMA, Hugo y San Martín, Alejandro. *Seguridad, Defensa y Fuerzas Armadas en el Perú-Una visión para el Siglo XXI*, Lima: CEPTEL, s.f.).
13. Esto queda de manifiesto en el Manual de Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Armadas del Perú, adoptado mediante la Resolución Ministerial No. 1394-2004-DE/CCFFAA/CDIH-FFAA del 1 de diciembre de 2004, en el cual se establece que “las Fuerzas Armadas no son policías cuando realizan una operación de seguridad interna; ayudan a la policía a restablecer el orden interno. Se debe evitar asignar tareas a la fuerza militar que no se ajusten a su instrucción y configuración, debiendo poner mayor énfasis en la instrucción de la norma desenvolvimiento de las instituciones públicas y de la vida cotidiana de una sociedad.

Las Fuerzas Armadas que participan en operaciones de seguridad interna deben recibir instrucción efectiva con respecto a los poderes relacionados con el hecho de hacer cumplir la ley: a) uso de la fuerza; b) arresto; c) detención”. (Manual de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas, aprobado por la Resolución Ministerial N.º 1394-2004-DE/CCFFAA/CDIH-FAA del 1 de diciembre de 2004, fundamento 181).

14. Como este Tribunal Constitucional ha establecido anteriormente, el orden interno comprende tres aspectos (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 8):
 - a) *Seguridad ciudadana*: Esto implica la protección de la vida, de la integridad física y moral de las personas, el respeto al patrimonio público y privado, entre otros;
 - b) *Estabilidad de la organización política*: Esto se refiere al mantenimiento de la tranquilidad, quietud y paz pública, así como el respeto hacia la legítima autoridad pública; y
 - c) *Resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales*: Esto incluye las edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, entre otros.

En este orden de ideas, la defensa nacional se desarrolla tanto en el ámbito interno como externo. La defensa interna “promueve y asegura el ambiente de normalidad y tranquilidad pública que se requiere para el desarrollo de las actividades y esfuerzos concurrentes a la obtención del bienestar general en un escenario de seguridad. Asimismo, supone la realización de acciones preventivas y de respuesta que adopta el gobierno permanentemente en todos los campos de la actividad nacional, para garantizar la seguridad interna del Estado. Esa seguridad puede verse afectada por cualquier forma de amenaza o agresión que tenga lugar dentro del territorio nacional, sea que provengan del interior, exterior, de la acción del hombre o, incluso, de la propia naturaleza. El fin de las actividades de defensa interna es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales”. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 32).

15. La otra situación contemplada por la Constitución se encuentra en el artículo 171°, bajo el cual “las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo con la ley”, lo cual debe ser vista como una necesidad de estímulo y beneficio para estas instituciones. (Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0048-2004-AI/TC. Sentencia del 1 de abril de 2005, fundamento 118). Otro supuesto previsto por la Constitución se encuentra en el artículo 186°, referido al mantenimiento del orden durante comicios de acuerdo con las disposiciones dictadas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).

A modo de ejemplo, el Decreto Supremo N.º 019-07-DE-EP regula la participación del Ejército del Perú en las obras de defensa civil y acciones cívicas para el desarrollo económico del país, así como el Decreto Supremo N.º 098-07-PCM, que establece al Plan Nacional de Operaciones de Emergencia del Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI).

16. Como se puede observar, las Fuerzas Armadas tienen una importante función en preservar la institucionalidad e integridad del Estado, apegándose a lo establecido en la Constitución. El Tribunal Constitucional debe resaltar que en los últimos años se han dado avances significativos para que su formación y actuación se de en el pleno respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Sin embargo, se debe reiterar que su actuación para la preservación de la paz y del orden interno está circunscrita a situaciones específicas y excepcionales.

§3. Las Fuerzas Armadas y la preservación del orden interno en estados de excepción

17. El mantenimiento del orden interno es parte del Sistema de Defensa Nacional reconocido en los artículos 163° y 164° de la Constitución, cuya responsabilidad le corresponde principalmente a la Policía Nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 166° de la Carta, en la cual, de manera excepcional y temporal, las Fuerzas Armadas pueden asumir dicha labor. La Constitución y la ley han establecido las situaciones en las que los miembros de las Fuerzas Armadas pueden cumplir esta función, tanto bajo estados de excepción como por fuera de ese, señalados en los fundamentos N.º 15 y 19 de la presente sentencia.
18. Los estados de excepción se encuentran regulados en el artículo 137° de la Constitución, el cual comprende dos situaciones: (i) el estado de emergencia (artículo 137°, inciso 1); y (ii) el estado de sitio (artículo 137°, inciso 2). El estado de sitio se decreta ante situaciones que atentan contra la integridad territorial de la Nación, tales como casos de “invasión, guerra exterior o guerra civil”. En este último postulado se aplica las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, principalmente los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (Aprobados mediante Resolución Legislativa N.º 12412 del 31 de octubre de 1955 y promulgada el 5 de noviembre de 1955), y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, (Aprobados mediante Resolución Legislativa N.º 25029 del 31 de mayo de 1989 y promulgada el 1 de junio de 1989). entre otras normas complementarias.

Como este Tribunal ya ha establecido en la sentencia N.º 00017-2003-AI/TC, “dado que los supuestos fácticos que ameritan que se declare la vigencia de un estado de sitio son distintos y más graves que los que corresponden a un estado de emergencia, es constitucionalmente lícito que el legislador establezca una diferenciación en el diseño de las competencias que se puedan otorgar a las Fuerzas Armadas, para repelerlos y contrarrestarlos. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 105).

19. Sin embargo, el caso que nos ocupa no es la figura del estado de sitio sino la del estado de emergencia, la cual se da “en el caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”. Sobre la declaratoria del estado de emergencia (Ibídem, fundamento 69), este Tribunal la ha reconocido como medio para contrarrestar los efectos negativos de una situación extraordinaria, que pone en peligro la integridad y estabilidad estatal. Sin embargo, esto no significa que durante su vigencia, el poder militar pueda subordinar al poder constitucional y, en particular, que asuma las

atribuciones y competencias que la Constitución otorga a las autoridades civiles. Es decir, no tiene como correlato la anulación de las potestades y autonomía de los órganos constitucionales.

20. Cabe resaltar que de acuerdo con las facultades establecidas en el inciso 18) del artículo 118° y el artículo 164° de la Constitución, la dirección del Sistema de Defensa Nacional recae en el Presidente de la República, quien tiene la facultad exclusiva de decretar cualquiera de los estados de excepción contemplados en el artículo 137°, con el acuerdo del Consejo de Ministros y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente. (Ibídem, fundamento 108).
21. De esta forma, la decisión para decretar un estado de excepción no solo radica sobre quién es el competente para tomarla sino que esta figura ha ido evolucionando con el fin de respetar el principio de equilibrio de poderes. Por esta razón, la declaratoria exige una fundamentación (político-jurídica) y un progresivo sistema de rendición de cuentas, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el político. Si bien la declaratoria de un estado de excepción conlleva a una temporal concentración de poder, ésta se encuentra circunscrita al derecho.
22. El artículo 137° de la Constitución hace una lista general de situaciones que ameriten decretar los estados de excepción refiriéndose a los casos de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. A su vez, el artículo 27° de la Convención Americana de Derechos Humanos autoriza la suspensión de garantías en los casos de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación y siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Como se puede observar, la declaratoria de un estado de excepción depende del análisis de cada caso concreto por parte de la autoridad competente. El estado de excepción es, por su propia naturaleza, una decisión jurídico-política empleada como un mecanismo de último recurso, puesto que la función de un régimen jurídico es prever las situaciones de conflicto social y dar respuesta a ello en un ambiente de normalidad. Solamente en casos extremos es que este mecanismo debe ser empleado.

23. La restricción o suspensión del ejercicio de determinados derechos está fundamentada si es que ésta se considera como el medio para hacer frente a situaciones de emergencia pública con el fin de salvaguardar los principios democráticos y de un estado de derecho, siempre y cuando estén justificados a la luz de la Constitución y tratados, especialmente el artículo 27° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referido a la suspensión de derechos.
24. Tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a la que el Estado peruano se encuentra vinculado por medio de los artículos 3°, 55° y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como por el artículo V del título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se debe subrayar que “dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de derechos no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3° de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987*. Serie A N.º 8, fundamento 18).
25. Lo anterior es de suma relevancia puesto que es frente a la excepcionalidad que se pueda testar la fortaleza de las instituciones y la autonomía de los entes encargados de administrar justicia, reconociendo que aun en casos extremos el derecho no puede retroceder a fin de hacer prevalecer el

Estado (o la razón de Estado).

26. La suspensión del ejercicio de derechos regulada por el artículo 137° de la Constitución, “constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de derechos comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidos los derechos, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986* Serie A N.º 6, fundamento 32).

§3.1 La Ley N.º 29166 y la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia.

27. Frente al caso concreto, este Tribunal Constitucional considera de suma importancia reiterar el concepto que la participación de las Fuerzas Armadas bajo un estado de emergencia implica una ocupación temporal de funciones con la Policía Nacional frente a la preservación del orden interno.

En este sentido, “no es la competencia, en sí misma considerada, la que se modifica, sino el sujeto encargado de ejecutarla. Si en un supuesto de normalidad constitucional es la Policía Nacional la que tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden; en uno de anormalidad constitucional, esto es, bajo un estado de emergencia, tales tareas (y no otras) son las que pueden confiarse a las Fuerzas Armadas, cuando así lo hubiese dispuesto el Presidente de la República y, por lo mismo, excepcionalmente”. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 71),

28. La interpretación de las situaciones previstas en la primera parte del artículo 7° de la Ley N° 29166 diferencia el papel de las Fuerzas Armadas en un estado de emergencia (en la cual puede por orden del poder constitucional asumir el control del orden interno) y el rol que estas deben cumplir en zonas no declaradas bajo estado de emergencia (en la cual su labor es de apoyo a la Policía Nacional).
29. Con relación a la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia, la interpretación del artículo 7° de la Ley N° 29166 debe hacerse en concordancia con las disposiciones y normas establecidas en el inciso 1) del artículo 137° de la Constitución.

Si bien la demanda planteaba la cuestión sobre una posible reforma *de facto* de la Constitución al considerar que la Ley N° 29166 desconocía los requisitos planteados en la Constitución para la participación de las Fuerzas Armadas en zonas declaradas en estado de emergencia, y por ende, violando el artículo 206° de la misma, ésta pretensión debe desestimarse puesto que dicha participación únicamente podrá hacerse previa declaratoria de un estado de emergencia, de acuerdo con los requisitos establecidos en el inciso 1) del artículo 137° de la Constitución

30. Por este motivo, el Tribunal Constitucional concluye que las Fuerzas Armadas tienen, de acuerdo con la Constitución, la facultad de actuar en el mantenimiento del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia por lo que las expresiones “*Cuando el personal militar*” y “*participa*” en la primera parte del artículo 7° de la Ley N.º 29166 son constitucionales, debiendo declararse infundada la demanda en este extremo.

Se debe entender que bajo esta situación, las Fuerzas Armadas solamente podrán actuar previa declaratoria del estado de emergencia por parte del Presidente de la República, de acuerdo con el inciso 1) del artículo 137° de la Carta.

31. De forma complementaria, este Tribunal constata que hasta la fecha no existe un marco normativo en el cual se desarrolla los regímenes de excepción contemplados en el artículo 137° de la Constitución y el artículo 27° de la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente la regulación de los estados de emergencia. La actual normativa constitucional sobre la materia requiere de un desarrollo legal que contenga los siguientes elementos:
- a) un desarrollo de los conceptos de perturbación de la paz, del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación para establecer los casos y situaciones que ameritan la declaratoria del estado de emergencia;
 - b) el plazo de 60 días establecido en el artículo 137° de la Constitución y la naturaleza excepcional de esta medida;
 - c) los alcances y características de las limitaciones de los derechos fundamentales establecidos en el inciso 1) del artículo 137°, tomando como base la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo dispuesto en el artículo 200° de la Constitución;
 - d) el establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional y político (como la dación de cuentas al Congreso) así como las medidas para establecer veedurías y misiones de observación de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados sobre la materia.

Con base en lo anterior, este Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a que adopte una legislación que desarrolle, en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, el artículo 137° de la Constitución, tomando como base los criterios establecidos en el presente fallo.

§4. La Ley N.º 29166 y el apoyo de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia

32. El propósito de la Ley N.º 29166 es regular las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, lo cual representa un avance significativo hacia la transparencia en el accionar de las Fuerzas Armadas. Los principios rectores de legalidad, necesidad, proporcionalidad, inmediatez, obligatoriedad y razonabilidad reconocidos en el artículo 2° otorga a las Fuerzas Armadas y a los respectivos órganos de control los elementos valorativos para medir la actuación de su personal en cada caso concreto.

Cabe destacar que el 20 de julio de 2008, fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Supremo N.º 012-2008-DE/CCFFAA, mediante el cual se establece el reglamento de la Ley N.º 29166. En el Título II de esta norma se establecen las reglas bajo las cuales el personal militar puede hacer el uso de la fuerza, incluyendo las situaciones en las que se autoriza el empleo de la fuerza letal (artículo 12°).

33. Ahora bien, en el texto de la demanda se solicita que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166, principalmente por violar los artículos 137° (estados de excepción), 165° (Fuerzas Armadas), 166° (Policía Nacional) y 206° (reforma constitucional) de la Carta Política.

La disposición considerada inconstitucional es “(...) o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza (...)”.

34. Como se ha establecido anteriormente, la Constitución Política determina que la participación del personal de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden interno sea temporal y excepcional, dada que esta labor le corresponde a la Policía Nacional. La declaratoria de un estado de emergencia o de sitio son las dos situaciones contempladas por la Constitución para que las Fuerzas Armadas realicen esta labor.
35. En este sentido, el artículo 7° de La Ley N.° 29166 plantea una situación adicional que faculta a las Fuerzas Armadas a apoyar en la restauración del control interno en zonas que no han sido declaradas en estado de emergencia. La intención del legislador ha sido la de dotar a las autoridades públicas competentes de herramientas necesarias para preservar la paz y la seguridad en situaciones de apremio que requieren de una respuesta rápida por parte de todos los elementos de la fuerza pública, ante la imposibilidad de la Policía Nacional de contrarrestar esta situación por sus propios medios.
36. En el presente caso, la pregunta que debe ser absuelta por este Tribunal es si las Fuerzas Armadas pueden participar o no en el mantenimiento del orden interno por fuera de las situaciones contempladas en el estado de emergencia del inciso 1) del artículo 137° de la Constitución.
37. En primer lugar, el problema que radica en el texto cuestionado es que se le reconoce a las Fuerzas Armadas funciones de Policía para situaciones que no son consideradas de emergencia, pudiendo ser llamados a apoyar cualquier tipo de situaciones que traspasen la capacidad operativa de ésta. De esta forma, se desnaturaliza la función policial reconocida en el artículo 166° de la Constitución.
38. La redacción y el alcance de esta disposición adolece de varias incongruencias e imprecisiones que por su laxitud y estructura anfibológica pueden llevar a una aplicación arbitraria e inconstitucional de su contenido. El principal problema con esta disposición es que no precisa bajo qué situaciones es que las Fuerzas Armadas pueden intervenir en apoyo de la Policía Nacional en zonas no declaradas bajo el estado de emergencia. Si bien se puede presumir que esta actuación se daría cuando se sobrepase la capacidad operativa de la Policía, no existe en la ley un criterio mínimo que reconozca la excepcionalidad de una medida de esta naturaleza o las situaciones en las que esto es posible, resultando violatorio del artículo 45° de la Constitución que establece que el poder público, por emanar del pueblo, se ejerce con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen, así como de artículo 166° de la Constitución.
39. En segundo lugar, ni el referido acápite del artículo 7° en cuestión ni la Ley N.° 29166 precisan los siguientes elementos para la actuación de las Fuerzas Armadas en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia: (i) quién es la autoridad competente para decidir cuando se ha sobrepasado la capacidad operativa de la Policía y es necesario el apoyo de las Fuerzas Armadas; (ii) cuáles son las situaciones en las que se puede llamar a las Fuerzas Armadas a actuar en zonas no declaradas bajo estado de emergencia; (iii) cuál es el plazo, tanto mínimo como máximo, durante el cual las Fuerzas Armadas pueden apoyar a la Policía Nacional; (iv) cuáles son los mecanismos de control político y jurisdiccionales aplicables a estas situaciones; y (v) si estas medidas implican o no una restricción en el ejercicio de determinados derechos constitucionales.
40. En tercer lugar, la ley adolece de una técnica legislativa que permitiría que las Fuerzas Armadas actúen en apoyo de la Policía Nacional bajo cualquier situación, el cual puede comprender casos como el bloqueo de una carretera, el control de una huelga, hasta acciones contra el terrorismo o la delincuencia organizada.
41. Para el Tribunal Constitucional, tener a las Fuerzas Armadas en un estado de permanente alerta para apoyar la labor de la Policía Nacional en la restauración del orden interno por fuera de las situaciones anteriormente descritas, llevaría a que en todas las zonas del país puedan crearse estados de excepción *de facto*, contribuyendo a una situación de mayor enfrentamiento entre la ciudadanía

y las fuerzas del orden, generando una potencial situación de vulneración de los derechos fundamentales.

42. Es decir, se podría constituir situaciones de excepción a través de las cuales la autoridad, vía una valoración discrecional de los hechos, adoptaría medidas desproporcionadas que terminarían afectando los derechos fundamentales, amparados en la dicotomía sobre qué principio es el que debe prevalecer, el de autoridad o el de libertad (Ver: APONTE, Alejandro, *Guerra y derecho penal de enemigo: Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008). El artículo 137° de la Constitución procura que la declaratoria del estado de excepción tenga, a pesar de ser también discrecional, una valoración más apegada a los hechos y a la gravedad del caso correspondiente, de tal manera que se declara pero no se crea artificialmente un estado de excepción. Como bien ha definido este Tribunal Constitucional, la excepción hace referencia a una situación de crisis que pone en riesgo el normal funcionamiento del poder público y que amenazan la continuidad de las instituciones estatales. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 15).
43. Al respecto la CIDH ha establecido que es “absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. (...) Los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales. El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C N.º 166, párrafo 51).
44. Retomando el Manual de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas, esta instruye que “se despliegan generalmente las Fuerzas Armadas cuando los contingentes de la Policía Nacional del Perú no bastan para hacer frente a una situación de grave alteración del orden interno. En este caso, las Fuerzas Armadas desempeñan funciones en la comunidad civil que habitualmente incumben a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley especialmente en relación con el uso de la fuerza y de las armas de fuego. Como esas normas no existen en el mismo grado para las operaciones militares tradicionales, deberá prestarse especial atención a la instrucción del personal que participe antes de emprender una operación de seguridad interna”. (Manual de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas, aprobado por la Resolución Ministerial N.º 1394-2004-DE/CCFFAA/CDIH-FFAA del 1 de diciembre de 2004, numeral 181).

Como se puede constatar, el propio manual de las Fuerzas Armadas advierte que en este contexto se realizan labores para las cuales no han sido entrenadas, debiendo observar las indicaciones que emita su superior y en coordinación con la Policía Nacional, entidad formada y capacitada para hacer frente a situaciones de disturbio.

45. Con base en las anteriores consideraciones, este Tribunal considera que la regla general es que las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el inciso 1) del artículo 137° de la Constitución, únicamente pueden actuar previa declaratoria de un estado de emergencia.
46. Sin embargo, una interpretación de los artículos 8° y 44° de la Constitución permitiría que en casos de especial gravedad y de forma restrictiva, las Fuerzas Armadas puedan apoyar a la Policía Nacional en el mantenimiento del orden interno, pero circunscribiendo esto única y exclusivamente para las siguientes situaciones: (i) narcotráfico; (ii) terrorismo; y (iii) la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, tales como puertos, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represas.

47. El artículo 8° de la Constitución señala que el Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Como se puede constatar, la Carta reconoce de forma expresa que el combate al narcotráfico debe involucrar a todas las ramas del Estado dado el impacto que esta tiene en la sociedad
48. Para los casos de terrorismo, el fundamento constitucional para el accionar de las Fuerzas Armadas radica en el artículo 44° de la Constitución al establecer como deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.

De forma complementaria, la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país tiene como objetivo que, a pesar de la existencia de una situación de tensión interna, se pueda asegurar el funcionamiento esencial del Estado y la prestación básica de los servicios públicos a la ciudadanía, tomando también como fundamento el artículo 44° de la Constitución.

49. En este sentido, los casos de narcotráfico y terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, por ser situaciones específicas de singular gravedad, requieren de la participación de las Fuerzas Armadas aun cuando no se declare un estado de emergencia.

Una interpretación histórica del legislador constituyente bien puede ser útil en el presente caso puesto que no se puede explicar el por qué es que en la Constitución se haya expresamente consignado referencias a la obligación del Estado (con todos los instrumentos constitucionales a su disposición) en lo referido al combate al tráfico ilícito de drogas, el cual tiene dos referencias expresas en el inciso 24) del artículo 2° de la Constitución y el artículo 8°, mientras que en el caso de terrorismo, la Constitución se refiere a esta hasta en cuatro disposiciones (artículos 2.24.f, 37°, 140°, y 173°).

50. Por lo tanto, este Tribunal considera que con respecto a la demanda presentada por los 31 Congresistas de la República sobre la participación de las Fuerzas Armadas en zonas no declaradas en estado de emergencia es infundada, pero únicamente en los casos de lucha contra el narcotráfico y el terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, tales como puertos; aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represas.
51. En el presente caso, la expresión “*o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza (...)*” del artículo 7° de la Ley N° 29166 deberá quedar redactado de la siguiente forma:

“o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia para los casos de narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, en los términos establecidos en la ley, hará uso de la fuerza (...)”.

52. Sin embargo, a modo de precisar el alcance de esta norma, el Congreso deberá expedir, en un plazo de seis meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, una ley en la cual precise el alcance de esta disposición de acuerdo a los siguientes elementos:
- las situaciones referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden intervenir en apoyo de la Policía Nacional;
 - los elementos para determinar cuando la Policía Nacional se encuentra sobrepasada en sus atribuciones;
 - la determinación de la autoridad competente para llamar a las Fuerzas Armadas en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia;

- d) el plazo, tanto mínimo como máximo, durante el cual las Fuerzas Armadas pueden apoyar a la Policía Nacional;
- e) cuáles son los mecanismos de control político y jurisdiccionales aplicables a estas situaciones; y
- f) los mecanismos para asegurar la vigencia y respeto a los derechos fundamentales.

§5. El uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas

53. La privación de la vida de una persona representa uno de los aspectos más complejos en la regulación del derecho. Como es bien sabido, no existen los derechos absolutos y en algunas situaciones la privación del derecho a la vida se encuentra justificado, siempre y cuando dicha privación no haya sido realizada de forma arbitraria.

Esta es la línea que ha sido reconocida convencionalmente por los tratados internacionales, tales como el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 2° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, entre otros. Si bien estos han sido elaborados para prevenir la actuación arbitraria por parte de agentes del Estado, la jurisprudencia progresivamente ha desarrollado las situaciones y condiciones bajo las cuales el uso de la fuerza letal resulta de acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

54. Al respecto cabe señalar que la Comisión Interamericana ha dispuesto que “el uso de la fuerza letal puede constituir una privación arbitraria de la vida o una ejecución sumaria; ello equivale a decir que el uso de la fuerza letal tiene necesariamente que estar justificado por el derecho del Estado a proteger la seguridad de todos. (...) En tales circunstancias, el Estado puede recurrir al uso de la fuerza sólo contra individuos o grupos que amenacen la seguridad de todos y, por tanto, el Estado no puede utilizar la fuerza contra civiles que no presentan esa amenaza. El Estado debe distinguir entre los civiles inocentes y las personas que constituyen la amenaza. Los usos indiscriminados de la fuerza pueden en tal sentido constituir violaciones del artículo 4 de la Convención y del artículo I de la Declaración”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Washington: OEA/Ser. L/V/11.116, 2002, numerales 88 y 90).

Lo anterior implica que en aras de mantener el orden interno, el Estado no cuenta con medios ilimitados, especialmente en lo referido al uso de la fuerza. Por esta razón, dicho empleo debe estar circunscrito a las personas que efectivamente sean una amenaza y que se encuentren en situaciones preestablecidas por la ley.

55. En este sentido, aun cuando se esté frente a situaciones limitadas bajo las cuales el uso de la fuerza está permitido por la ley, estas deben orientarse bajo los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad.

De acuerdo con la CIDH, “la fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida. El principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva. En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza

inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras”. (Corte Interamericano de Derechos Humanos. *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C N.º 1 166, párrafo 85).

56. Al respecto, cabe destacar que la Organización de las Naciones Unidas ha adoptado los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, la cual establece las siguientes reglas (Ver: Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990):

- Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida
- En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

De estas reglas se puede concluir que el uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad debe ser considerada como la medida de último recurso y que más allá de la orden que pueda emanar por parte del superior jerárquico, el criterio para emplear la fuerza letal es que esté en peligro la vida de otra persona.

§5.1 La Ley N.º 29166 y el uso de la fuerza letal

57. En el caso concreto, el segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 establece lo siguiente:

Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia; o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza en las siguientes situaciones:

- a. En cumplimiento de la misión asignada.
- b. Legítima defensa: es el derecho del personal militar a utilizar la fuerza contra acciones que pongan en riesgo su vida o integridad física, así como la del personal bajo su protección.
- c. Acto hostil: Es un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares.
- d. Intención hostil: Es la amenaza o tentativa de uso ilícito de armas, la que se evidencia a través de una acción preparatoria para la realización de un acto hostil.

En las situaciones descritas, a excepción de la señalada en el inciso d), y en caso

necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal.

58. Como se ha establecido anteriormente, el Decreto Supremo N.º 012-2008-DE/CCFFAA ha desarrollado las situaciones de hecho bajo las cuales se puede autorizar el uso o no de la fuerza letal prevista en el artículo 7º de la Ley N.º 29166. Sin embargo, a fin de asegurar el respeto a la Constitución, los principios rectores para el uso de la fuerza deben estar contemplados en la ley y no en un reglamento.
59. Este Tribunal considera que la definición de las categorías del artículo 7º es ambigua, pudiendo llevar a una aplicación arbitraria por parte de los oficiales de las Fuerzas Armadas, más allá del reconocimiento de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, inmediatez, obligatoriedad y razonabilidad previstos en el artículo 2º de la referida Ley.
60. El principal problema de esta norma es que confunde instituciones propias del Derecho Internacional Humanitario relativo a la conducción de hostilidades en conflictos armados con el uso de la fuerza en situaciones de disturbio o tensiones internas, en la cual es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el marco jurídico aplicable.
61. Esta situación lleva a que nuevamente el legislador haya formulado una confusión entre las funciones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, reconocidas en los artículos 165º y 166º de la Constitución Política. Esto debido a que los términos “en cumplimiento de la misión asignada”, “acto hostil” e “intención hostil” son figuras propias de los Convenios de Ginebra que no resultan aplicables sino en el marco de un conflicto armado.
62. De forma complementaria, la mera posibilidad de que se autorice el uso de la fuerza implica la facultad de restringir los derechos a la vida, a la integridad y la dignidad de la persona, reconocidos en el artículo 2º de la Constitución y demás tratados de derechos humanos. Al respecto, este Tribunal considera que la restricción de estos derechos debe ser formulado por el Congreso a través de una ley.
63. Sin embargo, considerando que las Fuerzas Armadas deben tener un marco claro en su actuación y uso de la fuerza, el Congreso deberá adoptar una ley previa en la cual se regule el uso de la fuerza en las siguientes situaciones: (i) la conducción de hostilidades en el marco del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados; y (ii) el uso de la fuerza en las situaciones contempladas en el estado de emergencia, o situaciones de tensiones internas, en la cual es aplicable el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
64. Para el desarrollo de esta ley, el Congreso deberá tener como base los Principios de las Naciones Unidas para el uso de la fuerza letal:
- a) El uso de la fuerza y de la fuerza letal por parte del personal militar se sujetará a lo dispuesto en la Constitución y los tratados de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, según sea el caso.
 - b) El uso de la fuerza y de la fuerza letal solamente se utilizará en circunstancias excepcionales y como medida de último recurso con el fin de disminuir el riesgo de daños innecesarios.
 - c) El uso de la fuerza letal será empleado cuando sea estrictamente inevitable y razonable para proteger el derecho a la vida u otro bien jurídico fundamental.
 - d) El personal militar deberá advertir, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de la fuerza y de la fuerza letal.
 - e) El uso de la fuerza no contemplará el empleo de armas de fuego y municiones que puedan

provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado a terceros.

- f) La autoridad competente podrá abrir una investigación de oficio cuando existan indicios razonables de que las medidas de fuerza empleadas no cumplieron con las normas preestablecidas.
65. Con base en las anteriores consideraciones, el segundo párrafo del artículo 7° es inconstitucional, salvo lo referido al literal d) sobre intención hostil, debido a la posibilidad de que se de una aplicación arbitraria de la misma, atentando contra los derechos fundamentales de las personas reconocidos en el artículo 1° de la Constitución así como por ser atentatorio a las funciones establecidas en los artículos 165° y 166° de la Carta.
66. Sin embargo, el Congreso deberá adoptar una ley, en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, una ley que regule el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas, dividida en dos partes:
- a) una primera parte referida al uso de la fuerza en situaciones de conflicto armado amparado por los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977;
 - b) una segunda parte que regula el uso de la fuerza en los estados de emergencia, tensiones y disturbios internos de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho Internacional Humanitario. Del mismo modo, estas reglas deberán estar circunscritas a los principios comunes reconocidos por las Naciones Unidas y contempladas en la presente sentencia.

§6. El principio de obligatoriedad y el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas

67. Como se ha establecido anteriormente, la demanda interpuesta por los Congresistas de la República se circunscribió a algunos de los postulados del artículo 7° de la Ley N.° 29166. Sin embargo, y sobre la base del artículo 78° del Código Procesal Constitucional, esto no excluye que este Colegiado examine la constitucionalidad de otras normas de dicha ley, bajo el principio de conexidad.
68. Así, el artículo 5° de la Ley N.° 29166 establece seis principios rectores para el uso de la fuerza. En el caso concreto, el párrafo e), referido a la obligatoriedad establece que “al asignarse órdenes para una misión orientada a la participación del personal militar en acciones relacionada con el orden interno, deben incluirse las Reglas de Empleo de la Fuerza”.
69. El propósito de esta disposición es asegurar el respeto a la cadena de mando, partiendo de la presunción de que las órdenes impartidas por los agentes estatales, incluyendo el personal militar, de acuerdo a la Constitución y la ley. Sin embargo, la obligatoriedad en el cumplimiento de dicha orden se encuentra limitada cuando esta implique la violación de un derecho fundamental de alguna persona o escape a la regulación relativa a la conducción de hostilidades.
70. El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos han establecido que el cumplimiento de órdenes superiores no exime de responsabilidad a la persona que lo ejecuta, más aún cuando estas son manifiestamente ilegales. Tanto el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (artículo 8°), como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 28°), entre otros tratados han reconocido esta regla que actualmente tiene el carácter de regla consuetudinaria en el Derecho Internacional.
71. En este caso, la interpretación de dicho principio de obligatoriedad para el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas reconocida en el artículo 5°, párrafo e) de la Ley N° 29166 será constitucional en la medida que la orden no sea manifiestamente ilegal o contraria a la Constitución. Esto debido a que el personal militar tiene el deber de controlar las órdenes impartidas, tanto en un aspecto formal a fin de respetar la cadena de mando y los procedimientos establecidos en los

manuales y Reglas de Empleo de la Fuerza sino también en el ámbito de fondo o sustancial.

§7. El concepto de enemigo en la Ley N° 29166

72. Siguiendo con la facultad conferida por el artículo 78° del Código Procesal Constitucional a este Tribunal para conocer la constitucionalidad, por conexidad, de otras normas de la ley objeto de la demanda, es necesario analizar el artículo 10° de la Ley N° 29166. Esta disposición establece lo siguiente:

Artículo 10.- Adecuación de reglas

El Comandante de la operación está facultado para adecuar las reglas de empleo de la fuerza de acuerdo a las circunstancias, o por razones relacionadas con la configuración del terreno, clima, idioma, horario, capacidad del enemigo o cualquier otra situación que lo amerite.

73. Si bien el objeto de dicha norma es preparar a las fuerzas armadas para que actúen de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la inclusión del concepto de enemigo es conflictiva con la Constitución teniendo en cuenta el objeto de la Ley N° 29166.

En la teoría política, el concepto de enemigo ha sido planteado por diversos autores a través de la historia, siendo Carl Schmitt uno de sus principales expositores. En este caso, el autor desarrolla el concepto de enemigo a través de la dicotomía amigo/enemigo. Esta diferencia entre ellos y nosotros en la política genera un mecanismo de oposición y complementariedad..

La construcción y reconocimiento del enemigo implica la identificación de un proyecto político que genera un sentimiento de pertenencia. Pero, ni la singularización del enemigo, ni el sentimiento de pertenencia, ni la misma posibilidad de la guerra que le dan vida a la relación amigo-enemigo son inmutables. En este sentido, la oposición o antagonismo de la relación amigo-enemigo se establece solo si el enemigo es considerado público.

Dado que el concepto de enemigo implica el conflicto de visiones contradictorias de un modelo de sociedad, el enfrentamiento por la supremacía del proyecto político permite al que detenta la autoridad el de usar los métodos que considere necesario para conservar el poder. En la doctrina penal, el principal exponente de esta teoría ha sido el Prof. Jakobs, cuyo derecho penal del enemigo implica el desconocimiento y negación de derechos fundamentales y garantías constitucionales a los que se considere como tales.

74. En el plano jurídico, el Derecho Internacional Humanitario, a través de los Convenios de Ginebra y demás normas concordantes, emplea el término enemigo puesto que su propósito es regular la conducción de hostilidades en el marco de un conflicto armado. Sin embargo, la Ley en cuestión no regula la conducción de hostilidades que la Constitución ampara bajo la figura del estado de sitio sino la participación de las Fuerzas Armadas en estados de emergencia o en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia tales como el narcotráfico, el terrorismo o la protección de instalaciones estratégicas para el país.
75. Lo anterior implica que la noción del enemigo se aplica en una ley que tiene como fin regular el uso de la fuerza para el mantenimiento del orden interno entre peruanos. Al reconocer esto, el legislador sostiene que las Fuerzas Armadas no tienen la obligación de proteger a todos los nacionales sino únicamente a los que la autoridad competente llegue a considerar como aliados o no enemigos.

Si bien la historia reciente de nuestro país ha estado marcada por la violencia de grupos terroristas (Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00010-2002-AI/TC. Sentencia del 3 de enero de 2003), esto no supone que el Estado sucumba en la regulación del uso de la fuerza y del derecho penal hacia instrumentos de división y estigmatización.

76. Aceptar la noción o constitucionalidad de la figura del enemigo para la aplicación del derecho

penal ordinario es reconocer la aplicación eficientista de la norma sancionadora en lugar de un sistema garantista y apegado a los principios constitucionales y de los tratados de derechos humanos. La manifestación de este tipo de figuras se puede dar bajo los siguientes elementos (Ver: APONTE, Alejandro. *Guerra y derecho penal de enemigo: Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008, Capítulo III): (i) la dramatización o sobredimensión de la violencia; (ii) la criminalización de problemas sociales, económicos y políticos; y (iii) la militarización de la función de policía.

77. Como bien lo ha sostenido este Tribunal Constitucional, “la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo; es decir, un Derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático”. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0003-2005-AI/TC. Sentencia del 9 de agosto de 2006, fundamento 16).
78. Por este motivo, el término “*capacidad del enemigo*” empleada en el artículo 10º de la Ley N.º 29166 es inconstitucional y contrario a los principios de unidad e indivisibilidad del Estado peruano por lo que esta expresión deberá ser reemplazada por la de “*capacidad del grupo hostil*”.
79. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la frase “*capacidad del enemigo*” e incorporar en su reemplazo el término “*capacidad del grupo hostil*” al artículo 10º de la Ley N.º 29166.

§8. La Ley N.º 29166 y el fuero competente

80. El artículo 13º de la Ley N.º 29166 se refiere al fuero competente para conocer de los delitos que se puedan cometer en la aplicación de las disposiciones de esta ley. La referida norma establece lo siguiente:

Artículo 13.- Acciones del personal militar

Todas las acciones que lleve a cabo el personal militar en el ejercicio de su función y en aplicación de la presente Ley, que se presuman delitos de función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial, en concordancia con el artículo 173 de la Constitución Política del Perú.

81. Durante la época del terrorismo, varias medidas excepcionales para el restablecimiento del orden interno fueron adoptadas por el Estado. Sin embargo, el contexto político y social se degeneró de tal forma que esta excepcionalidad se convirtió en lo normal, teniendo como principal consecuencia la ampliación de la competencia de los tribunales militares *per se*, así como la posibilidad de que este órgano juzgue a civiles. Esta controversia tuvo como punto culminante la facultad del Tribunal Militar para juzgar a todas las personas acusadas por los delitos de terrorismo agravado y de traición a la patria.
82. Esta situación violaba los principios de juez natural, de respeto al debido proceso y de dignidad de la persona (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Washington.: organización de Estados Americanos, 2000, párrafo 210). La respuesta del Tribunal Constitucional fue determinar que “las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al *órgano*, sino sólo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que estas, a su vez, sean acordes con las

garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución”. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 010-2002-AI/TC. Sentencia del 3 de enero de 2003, fundamento 106)).

83. Por lo tanto, estableció una línea restringida de interpretación del Art. 173, en el sentido que dicha norma “no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”. (Ibídem. Fundamento 104).

Además, advirtió que “esta última posibilidad no debe entenderse como regla general, sino siempre como una hipótesis de naturaleza excepcional, toda vez que, por su propia naturaleza, las disposiciones del Código de Justicia Militar no tienen por finalidad regular -ni siquiera en el procedimiento- los delitos e infracciones cometidos por civiles, sino las cometidas por militares en situación de actividad”. (Ibídem. Fundamento 107).

84. En este sentido, la competencia del fuero militar debe estar circunscrita a los delitos de función o aquellos propios e inherentes de la función militar. La delimitación de su contenido no es simple debido a que estas causales pueden variar según las necesidades y situaciones concretas. Antes esta situación, y reconociendo la imposibilidad de delimitar precisamente cuáles son estas situaciones, la jurisprudencia ha establecido parámetros que el legislador podría tomar en cuenta.

85. Esta línea de pensamiento es respaldada por la Corte Interamericana al concluir que “en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atentan contra bienes jurídicos propios del orden militar”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Durand y Ugarte- Sentencia de Fondo*. Sentencia del 16 de agosto de 2000, párrafo 117).

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

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

87. Con base en las anteriores consideraciones, la presunción de los delitos de función establecida en el artículo 13º de la Ley N.º 29166, originados por la aplicación de las disposiciones de esta norma será constitucional en la medida que se interprete y aplique el concepto de delito de función en los términos establecidos en el Fundamento N.º 86 de la presente sentencia.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad. En consecuencia:
 - a. **INCONSTITUCIONAL** la segunda parte del segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166, que establece que “*en las situaciones descritas, (...) y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal*”, incorporando la regla del Fundamento N.º 64 de esta sentencia hasta que el legislador expida una nueva regulación sobre la materia.
 - b. **INCONSTITUCIONAL** la frase “*capacidad del enemigo*” e incorporar en su reemplazo el término “*capacidad del grupo hostil*” al artículo 10° de la Ley N.º 29166.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la primera parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166, se dispone que la parte “*cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia*” se aplique únicamente previa declaratoria del estado de emergencia por parte del Presidente de la República de acuerdo con el inciso 1) del artículo 137° de la Constitución.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166, conforme a los Fundamentos N.ºs 50 y 51 de esta sentencia y quedado redactado de la siguiente manera:

“*o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia para los casos de narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, en los términos establecidos en la ley, hará uso de la fuerza (...)*”.
4. Declarar **INFUNDADA** el artículo 5°, párrafo e) de la Ley N.º 29166, disponiendo que se interprete conforme al Fundamento N.ºs 69, 70 y 71 de esta sentencia.
5. Declarar **INFUNDADA** el artículo 13° de la Ley N.º 29166, disponiendo que se interprete conforme al Fundamento N.ºs 86 y 87 de esta sentencia.
6. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que adopte una legislación que desarrolle el artículo 137° de la Constitución relativo al estado de emergencia y al estado de sitio, de acuerdo con el Fundamento N.º 31 de esta sentencia.
7. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que adopte una legislación que desarrolle las situaciones bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden actuar para mantener el orden interno en situaciones no declaradas bajo estado de emergencia enmarcados en la lucha contra el narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, de acuerdo con los lineamientos establecidos en los Fundamentos N.º 51 y 52 de esta sentencia.
8. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que adopte una legislación referido al uso de la fuerza en situaciones contempladas en conflictos armados internos y en situaciones de tensiones internas, de acuerdo con los Fundamentos N.ºs 65 y 66 de esta sentencia.
9. El Tribunal Constitucional considera que en lo relativo al uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas, y acudiendo a una sentencia apelativa, esta debe circunscribirse a los principios reconocidos por las Naciones Unidas y establecidos en el Fundamento N.º 64 de esta sentencia hasta que el legislador expida una nueva regulación sobre la materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.º 00002-2008-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO
LEGAL DE CONGRESISTAS**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Haciendo uso de la facultad establecida por el artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manifiesto, a través de este voto, mi discrepancia con el criterio asumido por la mayoría para resolver el caso, bajo las consideraciones siguientes:

1.§. Delimitación del petitorio y de la controversia

1. Los congresistas demandantes solicitan que se declare inconstitucional la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166, que dispone:

“Cuando el personal militar (...) participa (...) en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza (...)”.

Asimismo, solicitan que se declare inconstitucional el último párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166, que dispone:

“En las situaciones descritas, a excepción de la señalada en el inciso d), y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal”.

2. Consideran los congresistas demandantes que el primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 infringe los artículos 137° y 165° de la Constitución, toda vez que en virtud de estos artículos las Fuerzas Armadas únicamente pueden asumir el control del orden interno en un estado de emergencia cuando así lo dispone el Presidente de la República, mientras que el párrafo cuestionado extiende la intervención de las Fuerzas Armadas a zonas no declaradas en estado de emergencia.

En sentido similar, señalan que el primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 infringe la finalidad de la Policía Nacional prevista en el artículo 166.° de la Constitución, puesto que el párrafo cuestionado dispone que también es competencia de las Fuerzas Armadas el control del orden interno.

Finalmente, aducen que el uso de la fuerza letal previsto en el último párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 infringe los derechos a la dignidad de la persona, a la vida y a la integridad física reconocidos en los artículos 1° y 2°, inciso 2) de la Constitución, pues en virtud de los tres supuestos descritos por el citado artículo 7° las Fuerzas Armadas estarían legitimadas para atentar contra la vida de las personas.

3. Así expuestos los términos de la demanda, estimo que la dilucidación de la controversia se centra en determinar, en primer término, si la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 contraviene los artículos 137°, 165° y 166° de la Constitución. Para resolver ello, resulta necesario elucidar, conforme a la Constitución, quién es el órgano encargado de controlar el orden interno y en qué situaciones lo hace, pues sólo así se podrá confirmar la constitucionalidad de la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166.

Y, en segundo término, si el último párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 infringe los derechos a la dignidad de la persona, a la vida y a la integridad física, en tanto que se permite a las Fuerzas Armadas el uso de la fuerza letal.

2.§. Control del orden interno

4. Conforme al artículo 166° de la Constitución la “Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno”. Sobre el particular, conviene destacar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0017-2003-AI/TC precisó que la expresión orden interno es sinónimo de orden policial, ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía.
5. Por dicha razón, el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia, concluyó que la “ejecución de la

labores propias del “control del orden interno”, en un estado de normalidad constitucional, es de competencia de la Policía Nacional del Perú, según dispone el artículo 166° de la Constitución”. Ello debido a que la noción de orden interno es concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional.

6. De este modo, conforme al artículo 166° de la Constitución, puede concluirse que el control del orden interno en un estado de normalidad constitucional es de competencia exclusiva de la Policía Nacional, mientras que en un estado de anormalidad constitucional, específicamente, en el estado de emergencia, el control del orden interno puede ser de competencia de las Fuerzas Armadas si así lo dispone el Presidente de la República, caso contrario, el orden interno seguirá siendo controlado por la Policía Nacional.

Dicha conclusión es resultado de la interpretación sistemática de los artículos 137° y 165° de la Constitución, toda vez que en ellos se señala de manera expresa que las “Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República”; *contrario sensu*, si éste no lo dispone, seguirá siendo competencia de la Policía Nacional, pues no debe olvidarse que conforme a los incisos 4) y 14), del artículo 118° de la Constitución, corresponde al Presidente de la República velar por el orden interno y organizar, disponer y distribuir el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

7. Ello obedece a la propia naturaleza de los estados de excepción, esto es, conjurar situaciones anormales, extraordinarias y extremas de anormalidad constitucional que, por su gravedad, no pueden ser controladas o combatidas mediante el uso de las atribuciones ordinarias de la Policía Nacional, razón por la cual intervienen excepcionalmente las Fuerzas Armadas si así lo dispone el Presidente de la República, toda vez que su función constitucional ordinaria es “garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República”, mas no el control del orden interno.
8. Por estas razones, considero que la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 infringe directa y materialmente los artículos 137°, 165° y 166° de la Constitución, toda vez que la intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno es excepcional, siempre que se declare una zona en estado de emergencia y así lo disponga el Presidente de la República, supuestos que no concurren en la redacción del primer párrafo del artículo cuestionado, puesto que éste, empleando el verbo “apoyo”, extiende de manera indebida la participación de las Fuerzas Armadas al control del orden interno en zonas ni declaradas en estado de emergencia, lo cual, como he venido señalando, en un estado de normalidad constitucional es competencia exclusiva y no compartida de la Policía Nacional.
9. En este contexto, resulta oportuno subrayar que sobre el deslinde de las funciones militares y de policía en el control del orden interno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha señalado que “los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que [las Fuerzas Armadas] reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”^[1].

Teniendo presente ello, estimo que la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 no sólo infringe los artículos 137°, 165° y 166° de la Constitución, sino también el artículo 27° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno sólo si existe orden expresa del Presidente de la República y concurre una situación excepcional de crisis o emergencia, que afecte a toda la población o a una parte de ella, y que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad, supuestos que no concurren cuando una zona no es declarada en estado de emergencia.

10. Expuesta nuestra posición sobre la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166, considero que en este extremo debe emitirse una sentencia reductora, toda vez que tan solo

una parte del primer párrafo del referido artículo 7° resulta inconstitucional, esto es, la frase que señala “en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia”.

Por consiguiente, considero que el primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166, para que sea constitucional, debe quedar redactado de la siguiente manera:

“Artículo 7°.- Situaciones que determinan el uso de la fuerza

Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza en las siguientes situaciones:”.

En igual sentido, por conexidad, también debe declararse inconstitucional el inciso c) del artículo 7° del Decreto Supremo N.º 012-2008-DE-CCFFAA, en tanto reproduce textualmente la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166.

11. Por otra parte, debo señalar que en los fundamentos 47 a 50 de la ponencia, vía interpretación, se realiza una mutación constitucional de los artículos 8° y 44° de la Constitución, para justificar en qué casos resulta constitucional la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166.

Sobre el particular, considero que la mutación constitucional propuesta resulta incorrecta, pues si se realiza una interpretación originalista de los artículos 8° y 44° de la Constitución, podemos llegar a la conclusión de que el constituyente, al momento de redactar los artículos mencionados, nunca pensó, debatió, previó o tuvo la intención de que en virtud de estos artículos las Fuerzas Armadas pudieran apoyar a la Policía Nacional en el control del orden interno en casos de narcotráfico o terrorismo.

La mutación constitucional propuesta también es errónea porque contraviene uno de los límites impuestos a la interpretación constitucional, que es el texto expreso de la Constitución. Y es que, de una simple lectura de los artículos 8° y 44° de la Constitución, estimo que no puede concluirse, como lo hace la ponencia, que la Constitución permite a las Fuerzas Armadas que apoyen al control del orden interno en zonas no declaradas en estados de emergencia en casos de terrorismo o narcotráfico.

Finalmente, considero que la mutación es incorrecta porque los supuestos que se establecen como excepción para que las Fuerzas Armadas apoyen al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, se construyen sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo, la definición del término “terrorismo”, en donde aún no existe acuerdo ni consenso en la comunidad internacional para elegir una definición precisa; únicamente el artículo 2° de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, identifica ciertos actos de violencia que generalmente se consideran como formas particulares de terrorismo. Es más, en la ponencia se omite precisar cuál es la definición de terrorismo que debe ser utilizada para aplicar la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166.

3.§. Uso de la fuerza letal por agentes del Estado

12. Antes de analizar la constitucionalidad del último párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166, considero importante reseñar brevemente la jurisprudencia de la Corte IDH con relación al uso de la fuerza por agentes del Estado, y particularmente, el uso de la fuerza letal.

Ello debido a que este último párrafo del citado artículo 7° señala que el personal de las Fuerzas Armadas puede hacer uso de la fuerza letal en los siguientes casos: **a)** cumplimiento de la misión asignada; **b)** legítima defensa; y, **c)** acto hostil.

13. Sobre el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales, la Corte IDH ha destacado que éste “debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades”^[2]. Por dicha razón, la Corte IDH ha precisado que sólo

“podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control”^[3]; caso contrario, se afectaría el derecho de las personas a no ser víctima del uso desproporcionado de la fuerza y el Estado incumpliría su deber de usar la fuerza excepcional y racionalmente.

14. Por ello, en un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales, el cual, en principio, debe estar prohibido como regla general. Por dicha razón, la Corte IDH ha destacado que su “uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler”. Por ello, cuando “se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria”^[4].

15. En este orden de ideas, debe tenerse presente que según el noveno principio de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley, las armas de fuego podrán usarse excepcionalmente en caso de “defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

16. En este contexto, la Corte IDH ha enfatizado que el uso de la fuerza letal y armas de fuego debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad, toda vez que la fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida equivale a la privación arbitraria de la vida.

Así, el principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos.

Por su parte, el principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva. En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras^[5].

17. En este orden de ideas, la Corte IDH concluye que la legislación interna de los Estados debe establecer pautas lo suficientemente claras para el uso de la fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales, así como para asegurar un control independiente acerca de la legalidad de la misma.

No obstante ello, la Corte IDH precisa que una adecuada legislación no cumpliría su cometido si, entre otras cosas, los Estados no forman y capacitan a los miembros de sus cuerpos armados y organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido en toda circunstancia el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley^[6].

18. Teniendo en cuenta ello, estimo que el último párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166 resulta inconstitucional por las siguientes razones:

- a) Los supuestos (misión asignada, legítima defensa y acto hostil) en los cuales las Fuerzas Armadas pueden hacer uso de la fuerza letal, no establecen pautas lo suficientemente claras para su utilización, es decir, no aseguran que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y con ello se disminuya el riesgo de daños innecesarios, toda vez que la redacción de los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) del citado artículo 7º, por ser imprecisa, puede generar el uso discrecional, ilimitado o excesivo de la fuerza letal, contraviniéndose de este modo los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución.

Por poner un ejemplo, el inciso c) del citado artículo 7º define que el acto hostil es “un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares”.

Dicha definición (riesgo) resulta imprecisa y atentatoria de los principios de humanidad y necesidad, pues omite señalar que el uso de la fuerza letal es para protegerse o proteger a otras personas contra una amenaza inminente de muerte o lesiones graves; además, en este supuesto el uso de la fuerza letal, necesariamente, no está justificado por el derecho del Estado a proteger la seguridad de todos, pues en su redacción prevé que las Fuerzas Armadas puedan utilizar la fuerza letal contra civiles que no presentan esa amenaza, al señalar que el acto hostil puede ser “un ataque (...) que produce daño (...) de la propiedad (...) privada”.

Es más, la definición de acto hostil establecida por el inciso c) del citado artículo 7º omite señalar que el acto hostil no sólo es un ataque armado, sino que cuenta con un carácter colectivo y organizado.

En este supuesto, a decir de la Corte IDH, el uso de la fuerza letal constituiría una ejecución extrajudicial, en violación flagrante del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo I de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

- b) Los supuestos (misión asignada, legítima defensa y acto hostil) no especifican ni prescriben los tipos de armas de fuego o municiones autorizados a utilizar, es decir, que no prohíben el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado, lo cual contraviene el principio de necesidad y los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución.

19. De otra parte, considero que el uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas Armadas en situaciones de paz resulta inconstitucional, porque, en principio, a ellas no les compete controlar el orden interno, y porque el término “fuerza letal”, junto con los términos “acto hostil” e “intención hostil”, son categorías utilizadas por el Derecho Internacional Humanitario en casos de conflicto armado, es decir, no se utilizan en situaciones de paz, tal como inconstitucionalmente lo prevé el artículo 7º de la Ley N.º 29166.

20. Al respecto, considero pertinente recordar que la Corte IDH ha señalado que “los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que [las Fuerzas Armadas] reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”^[7].

21. Ello debido a que en situaciones de paz, los Estados, para hacer uso de la fuerza letal, no pueden utilizar las categorías jurídicas de actos hostiles y/o intenciones hostiles, toda vez que la utilización de dichas categorías como supuestos justificantes para el uso de la fuerza letal se encuentra prohibidos en situaciones de paz y son propias del Derecho Internacional Humanitario, que se encarga, entre otras cosas, de regular los conflictos armados, pues en situaciones de paz cualquier acto de violencia interno es llamado tensión interna y disturbio interno. Ejemplo de tales situaciones son los tumultos o protestas, que si bien pueden acarrear actos de violencia de cierta gravedad o duración (daños a la propiedad privada), no alcanzan, en un sentido estricto, un nivel de organización suficiente para ser

considerados actos hostiles y se pueda emplear el uso de la fuerza letal.

22. Por todas estas razones, considero que el último párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166 es inconstitucional por contravenir, directa y materialmente, los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en el inciso 1), del artículo 2° de la Constitución, por lo que deberá ser eliminado de su redacción. De este modo, el artículo 7° de la Ley N.º 29166, para que sea constitucional, debe quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 7.- Situaciones que determinan el uso de la fuerza

Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza en las siguientes situaciones:

- a) En cumplimiento de la misión asignada.
- b) Legítima defensa: Es el derecho del personal militar a utilizar la fuerza contra acciones que pongan en riesgo su vida o integridad física, así como la del personal bajo su protección.
- c) Acto hostil: Es un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares.
- d) Intención hostil: Es la amenaza o tentativa de uso ilícito de armas, la que se evidencia a través de una acción preparatoria para la realización de un acto hostil.

Por las razones detalladas, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la frase “en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia” prevista en el primer párrafo del artículo 7° de la Ley N° 29166 y por conexión el inciso c) del artículo 7° del Decreto Supremo N.º 012-2008-DE-CCFFAA; asimismo, porque se declare **INCONSTITUCIONAL** el último del artículo 7° de la Ley N° 29166, debiendo quedar redactado dicho artículo conforme al fundamento 22, *supra*.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

EXP. N° 002-2008-PI/TC
LIMA
TREINTA Y UN CONGRESISTAS
DE LA REPÚBLICA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto por la opinión de mis distinguidos colegas, expreso este voto singular en parte; por cuanto que disiento de los fundamentos 51°, 52°, 63°, 64°, 66°, 78° y 79° y Puntos 1.a, 1.b, 3, 7 y 8 del fallo contenidos en la sentencia, por las razones que a continuación expongo:

1. En primer lugar, considero que resulta innecesaria la remisión al fundamento 64° que se hace en el punto **1.a** del fallo del proyecto suscrito por la mayoría. Esta discrepancia se funda en que no logro entender cual es el propósito de declarar inconstitucional una disposición –segunda parte del segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N° 29166- para luego incorporar una “regla” que subsistiría –como se sostiene en la sentencia suscrita en mayoría- hasta que el legislador expida una nueva regulación sobre la materia en el plazo de 6 meses. En mi opinión la norma que es declarada inconstitucional queda expulsada del ordenamiento jurídico conforme lo establece el artículo 204° de la Constitución Política del Perú, por ello, y conforme se ha expuesto en los fundamentos 57° al 62° de la sentencia mi voto es que el punto **1.a** del fallo debe quedar redactado de la siguiente manera:

Declarar Inconstitucional la segunda parte del segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N° 29166 que establece que “*en las situaciones descritas, (...) y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal*”.

2. Respecto al Punto 1.b del fallo debo señalar que la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición normativa es la ultima *ratio*; debiendo primero agotarse la posibilidad de lograr una interpretación que sea conforme con la Constitución; en este sentido opino que conforme a lo expuesto en los fundamentos 72° al 77° que comparto, sería inconstitucional el sentido interpretativo de la palabra “enemigo” contenida en el artículo 10° de la Ley N° 29166; sin embargo esta palabra también puede ser interpretada de manera que no suponga un escenario de guerra en el que las personas o los grupos que se aparten de los usos formales del derecho sean considerados como beligerantes y por tanto deban ser eliminados, sino que también puede ser interpretada en el sentido de aquellas personas o grupos hostiles que deben ser repelidos. En mi parecer esta es la acepción contenida en la disposición de la norma sujeta a control constitucional

por lo que considero que la palabra “enemigo” debe ser interpretada como “hostil”. Por las consideraciones expuestas mi voto en este extremo analizado es por:

Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a palabra “enemigo” contenida en el artículo 10° de la Ley N.° 29166, disponiendo que se interprete dicha palabra como “hostil”

3. Disiento con la redacción expresada en el punto 3 de la parte resolutive y su remisión al fundamento 51° pues considero que el Tribunal Constitucional no debe redactar las disposiciones emitidas por el Parlamento, pretendiendo reemplazar el texto de la norma aprobada por el legislador, con otro. Entiendo que el Tribunal Constitucional ha interpretado el alcance de la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 en lo que se refiere al ámbito normativo de la frase “control del orden interno” que se encuentra asociada al apoyo con el uso de la fuerza que pueda brindar las fuerzas armadas en zonas no declaradas en estado de emergencia. Así, el Tribunal, en su función de supremo intérprete de la Constitución, de la cual en modo alguno puede ni debe abdicar, ha realizado una interpretación reductora de la frase acotada pues, atendiendo a los fundamentos 32 al 50 una interpretación amplia contravendría la Constitución Política del Perú de manera que ésta se debe interpretar circunscrita únicamente al *control de situaciones referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país*.

Por otro lado, no veo la necesidad de conminar al Congreso de la República para que a través de una ley con visos de reglamento se vea obligado, en el plazo de 6 meses, a acotar la autorización que se pueda dar a las fuerzas armadas para que brinde el apoyo necesario para el cumplimiento de sus elevados deberes, como el combate al terrorismo, narcotráfico y a la protección de las instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, pues corresponderá al Ejecutivo evaluar las situaciones que se puedan presentar frente a una posible diversidad de hechos y circunstancias en las que pueda resultar de necesidad recurrir al apoyo de las fuerzas armadas. Mas bien, es la labor de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio Público, del Parlamento, del Poder Judicial brindar las garantías respecto de las decisiones que sobre la materia se efectúen; por lo demás la decisión y la autorización para el apoyo de las fuerzas armadas en zonas no declaradas en emergencia se encuentran en el ámbito de las más altas autoridades del Órgano ejecutivo atendiendo a los artículo 118° incisos 4) y 15) y 167° de la Carta política del Estado Peruano. Por ello; suficiente es, entonces, la interpretación de la norma que se propone, por lo que mi voto respecto de este extremo de la demanda es:

Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166, disponiendo que se interprete la frase “control del orden interno” en el sentido del *control de situaciones referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país*.

4. *Mutatis Mutandi* no suscribo los puntos 7 y 8 del Fallo, por las mismas consideraciones que acabamos de exponer en los puntos anteriores del presente voto.

S.

CALLE HAYEN

[1] Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia del 5 de

julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 78, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 51.

[2] Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, *supra* nota 1, párr. 67, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, *supra* nota 1, párrs. 51 y 83.

[3] Cfr. Corte IDH. *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*. Medidas Provisionales. Resolución del 30 de marzo de 2006, considerando décimo quinto, y *Caso Internado Judicial de Monagas (La Pica)*. Medidas Provisionales. Resolución del 9 de febrero de 2006, considerando décimo. séptimo.

[4] Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, *supra* nota 1, párr. 68, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, *supra* nota 1, párr. 83.

[5] Cfr. Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, *supra* nota 1, párr. 85.

[6] Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, *supra* nota 1, párr. 77; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, *supra* nota 1, párr. 86, y *Caso del Caracazo. Reparaciones*. Sentencia del 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127.

[7] Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 78, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 51.