

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS Y EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

Síntesis: Mediante la presente sentencia, el Tribunal Constitucional de Perú resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada por 6,430 ciudadanos contra el artículo único de la Ley 29548, que otorgaba facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia militar-policial, en relación con el uso de la fuerza, el procedimiento y la ejecución de penas; así como contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1094, mediante el que se aprobó el Código Penal Militar-Policial y del Decreto Legislativo 1095, que establecía reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las fuerzas armadas en el territorio nacional.

El representante de los accionantes argumentó que la Ley 29548 era inconstitucional debido a que carecía de motivación, contradecía la naturaleza excepcional de la delegación de facultades y delegaba materias no autorizadas. De igual manera se alegó que violaba derechos como el debido proceso, la tutela procesal efectiva, a la verdad y a la protección judicial de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Por otro lado, consideró que los decretos legislativos 1094 y 1095 violaban las garantías judiciales de cosa juzgada, juez natural, prohibición del avocamiento y la independencia e imparcialidad de los jueces.

En contestación a la demanda, el apoderado del Congreso de la República argumentó que la Ley 29548 delegaba facultades en ejercicio de una potestad discrecional prevista en la Constitución. De igual manera, precisó que la ley no vulneraba el derecho a la verdad, pues no impedía la investigación del personal militar que incurriera en delitos ni promovía la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos. Por último, afirmó que en el pasado el Congreso de la República ha delegado facultades respecto de normas procesales y de normas penitenciarias sin que se haya objetado su procedencia.

Por su parte, el procurador público especializado en materia constitucional del Ministerio de Justicia contestó argumentando que, respecto del Decreto Legislativo 1094, el parámetro que debe tomarse es el artículo 173 de la Constitución que reconoce a la justicia militar como parte del sistema constitucional de administración de justicia; asimismo, sostuvo que el delito de función como competencia de la justicia militar ha sido definido como aquel que

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

tiene tres elementos concurrentes y que determinan la competencia del fuero militar, a saber: el sujeto que realiza la acción debe ser militar o policía, la conducta realizada debe enmarcarse en el servicio militar o policial y los bienes jurídicos afectados deben ser castrenses o policiales, es decir, esenciales para el cumplimiento de las funciones encomendadas por la Constitución. Finalmente, sostuvo que la demanda debe ser rechazada en el extremo que cuestiona el Decreto Legislativo 1095 en tanto que no indica la norma constitucional afectada y presenta una interpretación errónea de las disposiciones cuestionadas que resultan conformes con la Constitución.

Por último, el representante del fuero militar policial, incorporado como partícipe, sostuvo que la sanción del delito de función en el Fuero Militar Policial es fundamental para la preservación del orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas y la policía nacional, así como para el cumplimiento de sus funciones constitucionales de defensa y seguridad de la República. Alegó que en este caso no se vulnera la cosa juzgada constitucional, pues el parámetro de juzgamiento en éste es diferente al que se empleó en pronunciamientos anteriores. De la misma manera, afirmó que el sistema interamericano de derechos humanos ha optado por acoger la tesis funcional del delito de función, que admite en la construcción del tipo penal castrense la referencia de un elemento previsto también en un tipo penal común, siempre que la finalidad del ilícito castrense sea la tutela de bienes jurídicos vinculados con las funciones de las fuerzas armadas y policiales.

En primer lugar, el Tribunal analizó la demanda relacionada con el artículo único de la Ley 29548 y la delegación de facultades al Poder Ejecutivo. El Tribunal recordó que la legislación ejecutiva delegada está institucionalizada en el artículo 104 de la Constitución, por lo cual los decretos legislativos son fuentes del derecho que el Ejecutivo expide en ejercicio de una competencia propia dentro de las materias y plazos que establezca la ley de habilitación. En el caso de la Ley 29548, el Tribunal consideró que se precisaron de manera clara las materias cuya regulación legislativa se ha delegado y que ninguna de ellas está sujeta a reserva absoluta de ley. Por otro lado, el Tribunal se refiere a la cuestión de si se autorizó al Poder Ejecutivo para declarar la prescripción de responsabilidad penal de responsables de graves crímenes contra los derechos humanos, lo cual es incompatible con el derecho a la verdad y con la obligación de no promover la impunidad. El Tribunal observó que el texto de la ley no tiene estas implicaciones por sí solo, sino que la demanda se funda en lo que presumiblemente el Poder Ejecutivo podría aprobar en un futuro, por lo cual se desestimó esta parte de la demanda.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional inició el análisis del Decreto Legislativo 1094 respecto de la justicia militar policial y el delito de función

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

tomando como referencia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Tribunal citó el *Caso Radilla Pacheco vs. México*, en el cual el citado tribunal internacional determinó que “si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, es necesario que se establezca la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar”. De la misma manera, el Tribunal Constitucional destacó que la Corte Interamericana ha establecido el alcance restrictivo y excepcional para la jurisdicción penal militar, y que debe estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales vinculados a funciones propias de las fuerzas castrenses; por lo cual en ese fuero sólo deben juzgarse militares activos por delitos que atenten contra bienes jurídicos propios del orden castrense.

Asimismo, el Tribunal estableció que la configuración del delito de función requiere de tres elementos: 1. Elemento subjetivo: de acuerdo con la Constitución del país, están sujetos al fuero castrense los miembros de las fuerzas armadas y la policía. Al respecto, citó a la Corte Interamericana cuando determina que “la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter”. 2. Elemento funcional: la conducta debe originarse en un acto de servicio o en ocasión de él. 3. Elemento objetivo: se refiere al bien jurídico tutelado por cada uno de los tipos penales de delito de función. El Tribunal consideró lo determinado por la Corte Interamericana en el *Caso Fernández Ortega vs. México* al establecer que la condición de militar en actividad es condición necesaria pero no suficiente para ser sometido al fuero castrense, pues se requiere además que el bien jurídico afectado se relacione con “la disciplina o misión castrense”.

A partir de estas precisiones teóricas, el Tribunal continuó con el análisis de constitucionalidad de los delitos previstos en el Código Penal Militar-Policial de acuerdo con lo solicitado en la demanda. Como resultado de este análisis, trece artículos del Decreto 1094 (Código Penal Militar-Policial) fueron declarados inconstitucionales por no constituir delitos de función según lo establecido en el artículo 173 de la Constitución.

En tercer lugar, el Tribunal analizó las demandas relativas al Decreto Legislativo 1095 y la alegada inconstitucionalidad de diversas normas sobre el uso de la fuerza por parte de las fuerzas armadas. El Tribunal comenzó examinando la Constitución y las normas internacionales sobre el uso de la fuerza. De éstas destacó los artículos 1.1 y 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, por medio de los cuales el derecho internacional restringe en principio el uso de la fuerza; sin embargo, aclaró que esto no implica su prohibición absoluta. De

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

igual manera, el Tribunal hizo referencia a las normas de derecho internacional humanitario y estableció que éstas forman parte del bloque de constitucionalidad, lo cual las convierte en parámetros normativos y de interpretación del derecho interno.

Finalmente, el Tribunal examinó la potestad de las fuerzas armadas de asumir el control del orden interno bajo una suspensión y derogación parcial de la fuerza normativa de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y el ordenamiento jurídico. Al respecto, el Tribunal recordó que, siguiendo la doctrina de la Corte Interamericana, ya ha determinado que es lícito aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas. Tomando en cuenta que los instrumentos de protección de derechos humanos no contienen reglas específicas para aplicar en situaciones de conflicto armado, el Tribunal determinó que el derecho internacional humanitario puede servir como *lex specialis* para interpretar estos instrumentos. El Tribunal concluyó que cualquier ciudadano afectado de forma desproporcionada en sus derechos por la declaración de estado de excepción o por el control del orden interno por parte de las fuerzas armadas puede recurrir a la vía del proceso constitucional de amparo o *habeas corpus* a fin de que se lleve a cabo el control de constitucionalidad pertinente. Por las mencionadas razones, esta parte de la demanda fue declarada infundada.

El Tribunal Constitucional de Perú recurrió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los casos *Radilla Pacheco vs. México* y *Fernández Ortega vs. México*.

MILITARY ASSETS IN THE ESTABLISHMENT OF CRIMINAL OFFENCES AND THE MILITARY JURISDICTION

Synopsis: Through this decision, the Constitutional Court of Peru resolved an action filed by 6,430 citizens challenging the constitutionality of the Sole Article of Law 29548, which granted the Executive Branch powers to legislate on military-police matters in relation to the use of force and the procedure for obtaining and executing penalties, The action also challenged the constitutionality of different articles of Legislative Decree No. 1094, which approved the Military-Police Criminal Code, and Legislative Decree No. 1095, which established rules for the use of force by the Armed Forces in the national territory.

The plaintiffs' representative argued that Law 29548 was unconstitutional because it lacked legitimate grounds, contradicted the exceptional nature of the delegation of powers, and delegated non-delegable powers. He also argued that it violated the rights to due process, effective procedural protection, and the truth, as well as the right of victims of serious human rights violations to judicial protection. He further asserted that Legislative Decrees 1094 and 1095 violated the judicial guarantees related to *res judicata*, natural judge, the prohibition against the improper assumption of jurisdiction, and the independence and impartiality of judges.

In answering to the complaint, the attorney for the Congress of the Republic argued that Law 29548 delegated powers in the exercise of discretionary authority established in the Constitution. He also argued that the law did not violate the right to the truth because it did not impede the investigation of military personnel who commit crimes, nor did it promote impunity for crimes against human rights. Finally, he asserted that the Congress of the Republic had in the past delegated powers with respect to procedural and prison regulations without objections having been made to their legitimacy.

The Public Court Representative for Constitutional Matters of the Ministry of Justice argued that the parameter that should be taken into account with respect to Legislative Decree 1094 was Article 173 of the Constitution, which recognizes military justice as part of the constitutional system for the administration of justice. He also maintained that the *delito de función* [military crime committed in the course of duty] over which the military justice system has

MILITARY ASSETS IN THE ESTABLISHMENT...

jurisdiction has been defined as having three concurrent elements that determine the competence of said jurisdiction, namely: the person who carries out the action must be a member of the military or police, the conduct must occur in the performance of military or police services, and the affected legal rights must be of a military or police nature, that is, essential for fulfilling the functions entrusted by the Constitution. Finally, he maintained that the complaint must be dismissed to the extent that it challenged Legislative Decree No. 1095, because it did not indicate the constitutional provision that was violated, and it presented an erroneous interpretation of the challenged provisions, which complied with the Constitution.

Finally, the representative of the Military-Police Jurisdiction, appearing as a participant, maintained that the penalties for military crimes within the Military-Police Jurisdiction are fundamental for the preservation of order and discipline within the Armed Forces and National Police, as well as for the fulfillment of their constitutional functions of defense and security of the Republic. He argued that constitutional *res judicata* was not violated, since the parameter of prosecution in this case was different from that employed in previous pronouncements. He also asserted that the Inter-American System of Human Rights has adopted the functional thesis of military crimes, which allows for elements of common crimes to be considered in the construction of military crimes, as long as the purpose of establishing the military crime is to protect legal rights linked to the functions of the Armed Forces and Police.

First, the Court analyzed the claim related to the Sole Article of Law 29548 and the delegation of powers to the Executive Branch. The Court noted that delegated executive legislation is institutionalized in Article 104 of the Constitution, and so legislative decrees are sources of law that the Executive issues in the exercise of its authority over the matters, and within the periods, established by the enabling act. The Court held that Law 29548 clearly specified the matters for which legislative regulation has been delegated, and none of these was subject to an absolute reservation of law. The Court also referred to the question of whether the Executive Branch was authorized to declare the time-barring of criminal liability of those responsible for serious crimes against human rights, which is incompatible with the right to the truth and the obligation not to promote impunity. The Court observed that the text of the law does not have these implications, and that the claim was based on what the Executive Branch could presumably approve in the future. It therefore dismissed this part of the complaint.

Second, the Constitutional Court began an analysis of Legislative Decree 1094 with respect to military-police justice and military crimes, taking as a reference the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The

CONSTITUTIONAL COURT, PERU

Constitutional Court cited the case of *Radilla Pacheco v. Mexico*, in which that international tribunal held that “while different laws grant military jurisdiction over crimes that have their origin in the ordinary jurisdiction when they are committed by soldiers on active duty, it is necessary to establish a direct and proximate relationship with the military function or with the violation of legal rights inherent in the military order.” The Constitutional Court also highlighted the fact that the Inter-American Court has established a restrictive and exceptional scope for military criminal jurisdiction, which must be aimed at the protection of special legal interests linked to the functions of the military forces; therefore, the military jurisdiction should prosecute only active-duty soldiers for crimes that threaten legal rights inherent in the military order.

The Court also established that the configuration of military crimes requires three elements: 1. Subjective element: in accordance with the country’s Constitution, members of the armed forces and police are subject to military jurisdiction. In this regard, the Court cited the Inter-American Court’s holding that “the military jurisdiction is not naturally applicable to civilians who lack military functions, and so they cannot be liable for conduct that is contrary to functional duties of this nature.” 2. Functional element: the conduct must originate from, or in the course of, a service act. 3. Objective element: this refers to the legal right protected by each military crime classification. The Court considered the Inter-American Court’s holding in the case of *Fernández Ortega v. Mexico*, which established that the status of active-duty soldier is a necessary, but not sufficient, condition for subjection to military jurisdiction, since it is also required that the affected legal right be related to “military discipline or mission.”

On this theoretical basis, the Court continued with its analysis of the constitutionality of the crimes established in the Military-Police Criminal Code, as requested in the complaint. As a result of this analysis, it declared that thirteen articles of Decree 1094 (Military-Police Criminal Code) were unconstitutional because they did not constitute military crimes in accordance with Article 173 of the Constitution.

Third, the Court analyzed the claims related to Legislative Decree 1095 and the alleged unconstitutionality of different legal provisions governing the use of force by the armed forces. It began by examining the Constitution and international standards on the use of force. It highlighted Articles 1.2 and 2.4 of the Charter of the United Nations, by means of which international law restricts the use of force in principle. However, the Court clarified that this does not imply its absolute prohibition. The Court also referred to the standards of International Humanitarian Law, and held that they formed part of

MILITARY ASSETS IN THE ESTABLISHMENT...

the constitutional block, which converted them into normative parameters for the interpretation of domestic law.

Finally, the Court examined the power of the armed forces to assume control of domestic order under a suspension of, and partial exemption from, the normative force of the Constitution, international human rights treaties, and the legal system. In this regard, the Court noted that, pursuant to the doctrine of the Inter-American Court, it has already been determined that it is lawful to apply certain measures that restrict rights and freedoms, which would be prohibited under normal conditions. Recognizing that the instruments for the protection of human rights do not contain specific rules to be applied in situations of armed conflict, the Court held that international humanitarian law can serve as *lex specialis* for interpreting these instruments. The Court concluded that any citizen whose rights are disproportionately affected by a declaration of a state of exception or by the armed forces' control of domestic order can seek relief through a constitutional *amparo* or *habeas corpus* proceeding in which the pertinent constitutional review can be exercised. For these reasons, this part of the complaint was declared to be without merit.

The Constitutional Court of Peru relied on the jurisprudence of the Inter-American Court in the cases of *Radilla Pacheco v. Mexico*, and *Fernández Ortega v. Mexico*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PERÚ

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA CONTRA EL ARTÍCULO ÚNICO DE LA LEY 29548, DIVERSOS ARTÍCULOS DEL DECRETO LEGISLATIVO NO. 1094 Y DIVERSOS ARTÍCULOS DEL DECRETO LEGISLATIVO NO. 1095

SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2015

En Lima, a los 8 días del mes de julio de 2015, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 6430 ciudadanos, representados por Miguel Jugo Viera, contra el Artículo Único de la ley 29548, que otorga facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia militar-policial sobre el uso de la fuerza y normas procesales y penitenciarias relacionadas a militares y policías procesados o condenados; contra los artículos 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Decreto Legislativo N.º 1094, mediante el que se aprobó el Código Penal Militar - Policial; y contra los artículos 3.f, 4.3, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 y 27 del Decreto Legislativo N.º 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

...

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

III. ANTECEDENTES

1. *Argumentos de la demanda*

Con fecha 22 de diciembre de 2011, seis mil cuatrocientos treinta ciudadanos, representados por Miguel Jugo Viera, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo Único de la ley 29548, que otorga facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia militar-policial, en relación con el uso de la fuerza y sobre normas procesales y penitenciarias relacionadas a militares y policías procesados o condenados; contra los artículos 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Decreto Legislativo N.º 1094, mediante el que se aprobó el Código Penal Militar - Policial; y contra los artículos 3.f, 4.3, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 y 27 del Decreto Legislativo 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

- Alegan, en primer lugar, que la Ley N.º 29548 resulta inconstitucional por la forma y por el fondo ya que carece de motivación, contradice la naturaleza excepcional de la delegación de facultades y delega materias que no son susceptibles de ser delegadas, además de violar derechos como el debido proceso, la tutela procesal efectiva, a la verdad y a la protección judicial de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.
- Sostienen los demandantes que los Decretos Legislativos N.º 1094 y N.º 1095 violan las garantías judiciales de la cosa juzgada el juez natural, la prohibición del avocamiento y la independencia e imparcialidad de los jueces, desnaturalizan los delitos de función y autorizan que jueces militares conozcan sobre ilícitos penales de carácter común.
- Por último refieren que el Decreto Legislativo N.º 1095 viola el carácter excepcional y restrictivo de la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno, crea nuevos supuestos de intervención y colisiona además con los artículos 45, 51, 138 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

2. *Argumentos de la contestación de la demanda presentada por el apoderado del Congreso de la República*

Con fecha 10 de septiembre de 2012, el Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que sea declarada infundada.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

- Sostiene que la Ley N.º 29548 delega facultades en ejercicio de una potestad a la que considera discrecional y toda vez que consigna claramente la materia específica (que no resulta indelegable, según concluye) y el plazo determinado, resulta claramente conforme con la Constitución.
- ...
- En relación con la inconstitucionalidad por el fondo de la misma ley, precisa que no vulnera el derecho a la verdad porque lo delegado no impide la investigación o sanción del personal militar o policial que incurra en delitos y tampoco promueve la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos.
- Por último, afirma que en anteriores oportunidades el Congreso de la República ha delegado facultades respecto de normas procesales (Ley N.º 29009) y de normas penitenciarias (Ley N.º 27913) sin que se haya objetado su procedencia. Agrega que en la STC 00024-2010-AI el Tribunal Constitucional examinó la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1097 (aprobado a tenor de la delegación de facultades prevista en la misma norma impugnada y cuestionada en autos), y expidió un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sin haber objetado en esa oportunidad la materia de la delegación.

3. Argumentos de la contestación de la demanda presentada por el procurador público especializado en materia constitucional del Ministerio de Justicia

Con fecha 10 de septiembre de 2012, el Procurador Público Especializado en materia constitucional, en representación del Poder Ejecutivo, contesta la demanda, solicitando que la sea declarada infundada.

- Alega que las disposiciones cuestionadas del Decreto Legislativo N.º 1094 deben ser divididas en dos grupos: a) aquellas respecto de las que el demandante plantea que afectan el derecho a la cosa juzgada dado que reiterarían el contenido de normas declaradas inconstitucionales en el expediente 00012-2006-PI/TC; y b) aquellas otras respecto de las que se alega que resultarían contrarias al artículo 173 de la Constitución, sobre la definición del delito de función como competencia de la justicia militar.
- Respecto de lo primero sostiene que la cosa juzgada constitucional prevista en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional resulta

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

predicable de las sentencias desestimatorias y no de las estimatorias, y que por no configurarse debería declararse infundada la demanda. Sin perjuicio de ello arguye que el parámetro que debe tomarse en cuenta es el artículo 173 de la Constitución, que reconoce a la justicia militar como parte del sistema constitucional de administración de justicia.

- En relación con lo segundo sostiene que el delito de función ha sido definido como aquél que tiene tres elementos concurrentes y que determinan la competencia del fuero militar. Estos son: a) el sujeto que realiza la acción que debe ser un militar o policía en actividad, b) la conducta realizada que debe haber sido llevada a cabo con ocasión del servicio militar o policial y c) los bienes jurídicos afectados, que deben ser bienes jurídicos castrenses o policiales, que son aquellos esenciales para el cumplimiento de las funciones y competencias encomendadas por los artículos 165, 166, 169 y 171 de la Constitución.
- Por último expone que la demanda también debe ser rechazada en el extremo que cuestiona el Decreto Legislativo N.º 1095, en primer lugar porque no indica la norma constitucional afectada, y en segundo lugar porque presenta una interpretación errónea de las disposiciones cuestionadas que resultan conformes con la Constitución.

4. Argumentos del informe escrito presentado por el partícipe

Con fecha 24 de septiembre de 2012, el contralmirante AP (r) Carlos Enrique Mesa Angosto, en representación del Fuero Militar Policial, incorporado como partícipe por resolución del 20 de julio del 2012, presenta informe escrito, en el que insta a que la demanda sea declarada infundada.

- Sostiene que es innegable que la sanción del delito de función en el Fuero Militar Policial es fundamental para la preservación del orden y la disciplina dentro de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, así como para el cumplimiento de sus funciones constitucionales, de defensa y seguridad de la República, lo que a su vez asegura la preservación del orden constitucional.

- Alega que resulta claro que en el presente caso no se vulnera la cosa juzgada constitucional, toda vez que el parámetro de juzgamiento a utilizar en el presente caso es diferente al que se empleó en pronunciamientos anteriores y que la disposición objeto de control no es la misma.

- Afirma que en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se ha optado por acoger la tesis funcional del delito de función, que admite en la construcción del tipo penal castrense la referencia de un elemento (objeto, sujeto, acción o resultado) previsto también en un tipo penal común,

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

siempre que la finalidad del ilícito castrense sea la tutela de bienes jurídicos vinculados con las funciones de las Fuerzas Armadas y Policiales.

...

IV. FUNDAMENTOS

...

A. *La Ley N.º 29548 y la delegación de facultades al Poder Ejecutivo*

3. La primera cuestión que se ha planteado tiene que ver con la objeción realizada contra el artículo único de la Ley N.º. 29548, mediante el cual se confirió al Poder Ejecutivo competencia para legislar delegadamente en diversas materias asociadas —unas más, otras menos- al derecho penal militar.

...

5. El artículo 104 de la Constitución expresa que (...) el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

...

8. El Tribunal es de la opinión que las objeciones planteadas carecen de relevancia constitucional. La legislación ejecutiva delegada se encuentra institucionalizada en el artículo 104 de la Constitución. Su dictado es consecuencia del ejercicio de dos tipos de competencias que corresponden, a su vez, a dos poderes del Estado distintos. Por un lado, del titular de la política legislativa del Estado —el Congreso—, al cual se ha investido de la competencia constitucional, de ejercicio discrecional, para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de regular, mediante decretos legislativos, temas que se encuentran dentro de su ámbito de competencia. Y por otro, del Poder Ejecutivo, al cual se ha investido de la competencia normativa de dictar decretos legislativos, con rango de ley, siempre que medie la correspondiente autorización del Parlamento para expedirlos.

9. La legislación ejecutiva delegada es el resultado institucional del ejercicio de la competencia de ejercer función legislativa con que la Constitución ha investido al Poder Ejecutivo. En ese sentido, los decretos legislativos son fuentes del derecho que el Ejecutivo expide en ejercicio de una competencia que le es propia, dentro de las materias y plazos que establezca la ley de habilitación. Durante el lapso en el que el Parlamento delega al Ejecutivo la potestad

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

de dictar legislación delegada, el primero no pierde la competencia para ejercer la función legislativa.

10. La delegación de facultades legislativas que contiene la ley autoritativa no comprende la *potestas*. No solo porque la habilitación para expedir legislación delegada está circunscrita a determinadas materias fijadas en la ley autoritativa, sino porque en un modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, edificado bajo el principio de separación de poderes y distribución de funciones, es inadmisibles que un poder del Estado, o alguno de sus órganos constitucionales, pueda transferir a otro una competencia que la Ley Fundamental le ha asignado.

11. Puesto que detrás de la legislación ejecutiva delegada subyacen 2 competencias constitucionales distintas son diversos, igualmente, los límites que al ejercicio de cada uno de ellas impone el artículo 104 de la Constitución.

12. Por lo que se refiere a las exigencias que han de observarse en la habilitación para dictarse decretos legislativos delegados, el Tribunal recuerda que ésta:

(a) Solo puede tener como destinatario al Poder Ejecutivo, de modo que queda excluida la posibilidad de que tal habilitación pueda realizarse a favor de otros poderes del Estado u órganos constitucionales;

(b) tiene que ser aprobarse por una ley en sentido formal, es decir, a través de una ley ordinaria, aprobada y sancionada por el Parlamento o, en su caso, por su Comisión Permanente;

(c) requiere de una ley que fije o determine la materia específica que se autoriza legislar, de manera que no es admisible las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas; y, a su vez, que ella identifique con exactitud el plazo dentro del cual podrá dictarse la legislación ejecutiva delegada; y

(d) no comprende lo que atañe a la reforma constitucional, la aprobación de tratados que requieran de habilitación legislativa, leyes orgánicas, la Ley del Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República.

13. Por otro lado, el artículo 104 de la Constitución precisa los límites que, a su vez, el Poder Ejecutivo está en la necesidad de observar con ocasión de la expedición de la legislación ejecutiva delegada. Estos límites, además de los que vienen impuestos explícita o implícitamente por la Constitución, esencialmente están constituidos por aquellos fijados en la ley habilitante. Se tratan, a saber, de:

(a) Límites temporales, de modo que la legislación delegada habrá de dictarse dentro del plazo con que se cuenta con habilitación para legislar; y

(b) límites materiales, por lo que la legislación delegada habrá de desarrollar cumplidamente las materias identificadas en la ley autoritativa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

14. En el caso de la Ley N° 29548, se ha objetado que esta no haya observado el carácter excepcional que tiene la autorización para legislarse delegadamente. Según se ha afirmado, la función legislativa (...) solo bajo determinados supuestos y condiciones puede ser delegada al Poder Ejecutivo (...). No tiene sentido que la Constitución le haya reconocido la misma función y facultad a dos poderes del Estado. Eso es un absurdo, en consecuencia, la diferencia entre las facultades legislativas del Congreso y del Poder Ejecutivo está en que esta última tiene carácter excepcional y es derivada, es decir, no originaria (...). La consecuencia [de todo ello] es evidente, si no existe este carácter excepcional, la delegación de facultades y los decretos legislativos de un lado y los decretos de urgencia de otro, tendrán un problema de validez es decir, tendrán un vicio de nulidad, pues han sido utilizados, en supuestos distintos a lo establecido en la Constitución (...).

15 Aunque no se ha precisado cuáles serían esos “supuestos y condiciones” en los que sí cabría autorizarse a dictar decretos legislativos, se ha dejado entrever que esta situación se presentaría en aquellos casos en los que existan razones por las que

(...) estas materias no pueden ser abordadas y legisladas por el Congreso. No se ha sustentado cuáles han sido los problemas y/o dificultades del Congreso para afrontar esta agenda de temas. Es más, se está delegando facultades que deberían ser discutidas por el Congreso en virtud de su carácter político y controversia’.

Es decir, en opinión de la demandante, dos de los “supuestos” en los que cabría considerar legítima la delegación de facultades legislativas, son: a) que se trate de materias complejas, cuya regulación no pueda ser realizada por el Parlamento, ya sea por desconocimiento de la materia o ya por presentar problemas o dificultades ¿técnicas? su regulación; o, b) que se trate de medidas políticamente controversiales.

16. El Tribunal, desde luego, no comparte este criterio. No es lo complejo o políticamente controvertible que pueda tener el tratamiento legislativo de una materia lo que permite [o impide] que el Parlamento autorice se legisle mediante decretos legislativos, sino los límites constitucionales a los que está sujeto la delegación misma. Esos límites están básicamente representados por aquellas materias que, de acuerdo con la Ley Fundamental, se encuentran sujetas a una reserva de ley absoluta. Es decir, aquellos ámbitos materiales en los que, por una u otra razón la Constitución ha impuesto, por un lado, que estas se discutan, traten y regulen en forma exclusiva y directamente por el Parlamento, en cuanto órgano de representación política de todos los intereses de la sociedad; y, por otro, que tal regulación se apruebe mediante una fuente del derecho de origen parlamentario.

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

17. El Tribunal recuerda, en ese sentido, que la reserva de ley comporta una obligación y un mandato. La obligación del Parlamento de afrontar la deliberación y debate de la materia sujeta a reserva. Y el mandato de que la materia objeto de la reserva sea regulada exclusivamente por una ley parlamentaria. En aquellas materias sobre las que existe una reserva de ley absoluta no cabe la colaboración legislativa de ningún otro órgano dotado de competencias normativas, siendo tarea exclusiva del Congreso de la República afrontar su debate y desarrollo legislativo [v. gr. en materia de tratamiento tributario especial (artículo 79 *in fine* de la Constitución), regulación de materias reservadas a la ley orgánica (artículo 106) o las leyes de reforma constitucional (artículo 206)].

...

19. Por ello, el Tribunal considera que más que plantear la objeción de constitucionalidad en términos de excepcionalidad, como se ha hecho, el escrutinio de la ley autoritativa ha de centrarse en términos de límites. Ha de indagarse, entonces, si la delegación de facultades legislativas se concedió dentro los límites que la Constitución establece.

...

21. En el caso de la Ley N.º 29548, el Tribunal observa que esta delegó facultades para legislar en tres materias: la promulgación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y la optimización de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial; la regulación del empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas y, finalmente, el establecimiento de normas procesales y penitenciarias relacionadas exclusivamente al personal militar y policial que ha sido procesado o condenado por delitos que implican violación de derechos humanos.

22. El Tribunal aprecia que se ha precisado con la suficiente claridad los linderos propios de la materia cuya regulación legislativa se ha delegado y que ninguna de estas materias se encuentra sujeta a reserva absoluta de ley. No comparte, por ello, el argumento expresado en la demanda, según el cual la aprobación del Código Penal Militar-Policial estaría sujeto a reserva absoluta de ley. Las reservas de ley son siempre expresas y nunca tácitas o presuntas.

23. Una materia -derecho o instituto constitucionalmente garantizado- está sujeta a reserva legislativa en los casos en los que la Ley Fundamental expresamente ha dispuesto que su contenido, sus alcances, límites o excepciones deba realizarla el legislador mediante una fuente formal del derecho de origen parlamentario. Y no lo está cuando la Ley Fundamental no contiene una remisión expresa al legislador para que haga cualquiera de aquellas actividades.

24. De otro lado, se ha cuestionado que la ley autoritativa no contiene una explicación acerca de las razones por las cuales el Congreso no estaría en condiciones de legislar estas materias, lo que entienden “[...] ha violado la obliga-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

ción de motivación del Congreso de explicar las razones de la delegación de facultades, lo cual a su vez acarrea la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad”.

...

27. Mientras que la ley es producto del ejercicio de una función representativa, en la que sus acuerdos y decisiones se fundan en la voluntad política de las mayorías, de modo que su legitimidad descansa en la relación con la representación del cuerpo electoral; las decisiones judiciales, en cambio, se fundan en la deliberación y son, en ese sentido, el resultado del ejercicio de una función esencialmente cultural. Y en el ámbito de la cultura jurídica, como en cualquier otra manifestación cultural, las decisiones que se toman no se justifican sobre la base del principio mayoritario, sino sobre el correcto raciocinio, mediante ese instrumento que se llama “razonamiento jurídico”, que impone sujeción y respecto a ciertas reglas que disciplinan la estructura racional del proceso de interpretación y aplicación de normas.

...

29. De modo, pues, que la ausencia de exposición de motivos es un asunto irrelevante desde el punto de vista de la validez constitucional de la ley. Por lo demás, el Tribunal hace notar que el Proyecto de Ley N.º 3908/2009-PE, presentado por el Presidente de la República, mediante el Oficio N.º 057-2010-PR, de fecha 12 de marzo del 2010, y cuya aprobación dio origen a la Ley N.º 29548, contiene su exposición de motivos.

30. Finalmente, también se ha cuestionado que la Ley N.º 29548 autorizó al Poder Ejecutivo la “posibilidad de amnistiar al personal militar, policial o paramilitar, responsable de crímenes contra los derechos humanos”, cuando, a su juicio,

No está permitido al gobierno a través de delegación facultades [*in*] ni a través de ninguna norma, declarar la prescripción de violaciones de derechos humanos. Se trata de un límite “no disponible” por el gobierno a la hora de legislar a través de los decretos legislativos.

Por otro lado, también se ha cuestionado que mediante la tercera materia delegada se habría autorizado al Poder Ejecutivo a declarar la “prescripción de responsabilidad penal de responsables de graves crímenes contra los derechos humanos”, lo que sería “incompatible con el derecho a la verdad y con la obligación de no promover la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos”.

31. El Tribunal observa que las últimas objeciones que se ha efectuado contra la Ley N.º 29548 no se fundan en lo que su artículo único establece, sino a lo que a su amparo, presumiblemente, el Poder Ejecutivo podría haber regulado. Encontrarse autorizado para “declarar la prescripción de violaciones

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

de derechos humanos” o establecer medidas que supongan la “prescripción de [la] responsabilidad penal de [los] responsables de graves crímenes contra los derechos humanos”, cuando el artículo único autoriza a legislar en

La dación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y la optimización de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, dentro de los parámetros constitucionales vigentes. b) La dación de legislación sobre el empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas, dentro de los parámetros constitucionales vigentes. c) La dación de nomas procesales y penitenciarias relacionadas exclusivamente al personal militar y policial que ha sido procesado o condenado por delitos que implican violación de derechos humanos. La delegación a que se refiere el presente artículo es por sesenta (60) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

No es sino formular conjeturas o suposiciones acerca del contenido futuro de las posibles disposiciones que el Poder Ejecutivo pueda aprobar.

32. No es ese, desde luego, el objeto del control de constitucionalidad. Como en innumerables veces se ha recordado, éste recae sobre las disposiciones que forman parte de una fuente formal del derecho que tiene en el ordenamiento rango de ley, lo que incluye sus respectivas normas. Se trata de un control sobre disposiciones y normas existentes; es decir, que forman parte del ordenamiento porque han sido incorporadas conforme a las normas que regulan el proceso de producción jurídica que contiene la Constitución.

33. Dicho control no incluye a las disposiciones o normas hipotéticas o imaginarias. Desde la perspectiva de la justicia constitucional, una disposición que no haya sido introducida al sistema jurídico siguiendo las metanormas que regulan el proceso de elaboración de las fuentes es inexistente. Y sobre estas sucede que no solo no se puede fundar una declaración de invalidez sino, incluso, la posibilidad de su control. Por tanto, también este extremo de la pretensión debe desestimarse.

B. El Decreto Legislativo N. ° 1094 y la alegada inconstitucionalidad de diversos delitos de función

B.1. Código De Justicia Militar y cosa juzgada constitucional

34. Se ha denunciado la inconstitucionalidad de los artículos 60, 62, 82, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Código de Justicia Militar, argumentándose la afectación del principio de cosa juzgada. Y que los artículos 81, 83, 84, 85 y 86 del mismo Código son inconstitucionales porque

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

no constituyen delitos de función. Por último, se solicita también la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 63, 64, 65, 66, 67, 68 y 93, aunque no se desarrollan los argumentos o las razones de la impugnación que sostienen la pretensión de inconstitucionalidad de dichos dispositivos.

35. Según los demandantes, se afecta la garantía de la cosa juzgada constitucional y la naturaleza de los delitos de función. En primer lugar, se

(...) viola la garantía de la cosa juzgada constitucional, al volver a incorporar y tipificar en ella supuestos de delito de función que en el año 2006, fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, [todo ello en vista que] el Gobierno ha atentado contra el orden constitucional al promulgar una normativa que ya había tenido un análisis de constitucionalidad por parte del TC, y que este había encontrado vicios de inconstitucionalidad.

Asimismo firman que el Decreto Legislativo N.º 1094 impugnado desconoce y desnaturaliza la jurisprudencia constitucional en materia de delito de función, pues el Tribunal ha acogido una definición en las STC 0017-2003-APTC y 0012-2006-PUTC, en virtud de la cual existirá delito de función cuando la conducta de un militar o policía en actividad afecte bienes jurídicos de las FFAA o de la PNP relacionados con el cumplimiento de sus fines constitucionales.

...

B.2. Justicia militar policial y delito de función: una jurisdicción especializada

B.2.a. Justicia militar policial

66. El artículo 173 de la Constitución establece que

En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

67. Siguiendo la línea del Informe Defensorial N.º 66 corresponde descartar que la justicia castrense pueda ser concebida como un “fuero personal” acordado a militares y policías atendiendo a su condición de tales (pp. 37 y ss.). El Código Penal Militar-Policial solo resultará aplicable a quienes tengan la condición de militares o policías en actividad.

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

68. Corresponde descartar asimismo criterios como los de ocasionalidad, causalidad o lugar de comisión del hecho para determinar la competencia del fuero castrense. Efectivamente, para que se configure el delito de función no basta con que el ilícito se presente cuando el agente realiza un acto de servicio, que el resultado se produzca como consecuencia del mismo o que el hecho se produzca en la zona de conflicto.

69. Debe tenerse presente también que la Corte IDH ha decidido que la condición de militar en actividad es condición necesaria pero no suficiente para ser sometido al fuero castrense, pues se requiere además que el bien jurídico afectado se relacione con “[...] la disciplina o la misión castrense” (Caso Fernández Ortega c. México, fundamento 177).

70. Al respecto la Corte IDH tiene decidido que

[...] si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, es necesario que se establezca la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar” (Caso Radilla Pacheco contra México, Fundamento 284).

...

72. En buena cuenta, los institutos armados persiguen garantizar la defensa nacional entendida como salvaguarda de la estructura política y social de la comunidad que se expresa en el Estado constitucional y democrático de Derecho.

73. Naturalmente que la intervención del fuero militar será extraordinaria y limitada al juzgamiento de los delitos de función. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró 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 a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (Caso Radilla c. México, Fundamento 272).

...

76. En la STC 00002-2008-AI/TC este Tribunal agregó que se entenderá por delitos de función los tipos penales que cumplan con los siguientes elementos objetivos del tipo penal militar:

a. Que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad: círculo de autores;

b. que, o circunstancias externas del hecho, que definen la situación en la que acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio, decir, con ocasión de él; y

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

c. que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional: objeto material (Fundamento 86). Así, la configuración del delito de función —que habilita el ámbito competencial de la jurisdicción militar— requiere la satisfacción de manera concurrente de los tres elementos que se explican a continuación.

B.2.b. Elementos del delito de función

77. La calificación o no de un delito como de función dependerá de que en cada caso se verifique la concurrencia de sus 3 elementos: (i) elemento subjetivo; (ii) elemento funcional; y (iii) elemento objetivo.

B.2.1).1 Elemento subjetivo

78. El elemento subjetivo está referido a la determinación del grupo de sujetos a quienes se le puede válidamente imputar la comisión de un delito de función a título de autores o partícipes. De acuerdo a la Constitución, están sujetos al fuero castrense los miembros de las FFAA y de la PNP.

79. La competencia *ratione personae* del fuero privativo militar policial se halla limitada a personal de fuerzas de seguridad². El sujeto activo del ilícito penal —militar o policía— debe encontrarse en situación de actividad³; puesto que, si la jurisdicción militar se estableció con el fin de mantener el orden y la disciplina⁴, no corresponde que el personal en retiro sea juzgado por tribunales castrenses⁵.

80. Sobre el enjuiciamiento de personas distintas a personal castrense, la Corte IDH ha establecido que “la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter”⁶.

B.2.b.2 Elemento funcional

81. La conducta típica debe originarse en un acto del servicio o con ocasión de él, infracción que debe revestir cierta gravedad y justificar el empleo de una conminación y una sanción penal⁷. Los tribunales militares solo están

⁴ Párrafo 112 de la Sentencia de la Corte 1D1F del 18 de agosto de 2000 (Fondo), Caso Cantoral Benavides e. Perú, C-69; y párrafo 128 del Caso Castillo Petruzzi.

⁵ Párrafo 111 de la Sentencia en el Caso Usón Ramírez.

⁶ Párrafo 128 de la Sentencia en el Caso Castillo Petruzzi.

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

habilitados, *ergo*, para juzgar de los asuntos constitutivos de infracciones cometidas por el sujeto activo en ejercicio de sus funciones⁸. Se requerirá que la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma una actuación legítima enmarcada en las funciones encargadas por la Constitución o las leyes a las FFAA o a la PNP.

82. Asimismo, es preciso que exista una relación normativa entre la actividad del policía o militar -función encomendada- y la comisión del delito. Con esto se quiere decir que el delito de función debe ser entendido como el quebrantamiento de un deber institucional que forma parte del rol jurídico que corresponde desarrollar a militares y policías en la sociedad. Así, para que un delito sea de competencia penal militar policial debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio; esto es, el hecho punible debe surgir como un abuso de poder —o una extralimitación— ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado.

...

85. En la legislación interna, se considera que la función militar policial, abarca aquel “conjunto de tareas que se realizan en tiempo de paz, o durante el régimen de excepción o conflicto armado, en cumplimiento de la Constitución Política del Perú, las leyes y los reglamentos correspondientes”, precisándose además que “el ejercicio regular de la función militar o policial, durante operaciones o acciones militares o policiales, no genera responsabilidad penal, sin perjuicio de las investigaciones institucionales a que haya lugar”¹¹. Esto quiere decir que dentro de dicho concepto debe incluirse

(...) el ejercicio regular en aquellas tareas, actividades, acciones u operaciones que les corresponde realizar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en acto, consecuencia o con ocasión del servicio, en razón a las finalidades que la Constitución y la ley dispone para estas instituciones¹².

B.2.6.3 Elemento objetivo

86. Este último elemento descansa en el bien jurídico tutelado por cada uno de los tipos penales de delito de función.

...

100. Por tanto, de la naturaleza restrictiva y excepcional de la justicia castrense, se deriva también que en los supuestos de duda sobre la tipificación o la aplicación de los delitos de función, tal dilema debe resolverse a favor de consagrar la conducta en la legislación penal ordinaria³¹. Es decir, como enfatiza la Defensoría del Pueblo, se legitima el hecho de que la justicia ordinaria sea siempre la atrayente respecto de la justicia castrense³².

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

101. Corresponde, entonces, en caso de ambigüedad sobre la relación funcional entre el hecho punible y la actividad que cumplía el miembro de las FFAA o la PNP, a la justicia ordinaria, la investigación y juzgamiento de los delitos comunes en que se hubiese incurrido³³. Es así que tiene sentido que sea la Corte Suprema de Justicia quien se encargue de dirimir una contienda de competencia entre la jurisdicción militar policial y la jurisdicción común³⁴.

102. Por ello, resulta claro que el parámetro de control a utilizarse para evaluar la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas en el presente proceso es el establecido en el artículo 173 de la Constitución, interpretado según la jurisprudencia de este Tribunal.

103. Como se ha adelantado, los cuestionamientos por vicios de inconstitucionalidad sobre el Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 1094) están referidos a la incorporación de determinados tipos penales que en el fondo — alegan los demandantes— no calificarían como delitos de función. Existe, pues, respecto de un grupo de ellos ya una sentencia de inconstitucionalidad estimativa.

104. Sobre la base de los elementos teóricos hasta aquí desarrollados, corresponde, en lo que sigue, examinar la constitucionalidad de cada uno de los dispositivos penales denunciados por los accionantes.

B.3. Examen de los delitos previstos en el Código Penal Militar Policial

105. En adelante el Tribunal Constitucional se abocará a examinar las impugnaciones dirigidas contra el catálogo de tipos penales del Decreto Legislativo N.º 1094, Código Penal Militar Policial. Esta labor se desarrollará en estricta aplicación de los elementos teóricos respecto a los efectos de la cosa juzgada (Sección B.1) y al concepto del delito de función (Sección B.2) desarrollados *supra*.

106. Se podrá apreciar que la constitucionalidad de los tipos delictivos de la ley penal privativa ha sido cuestionada en función de la existencia de un pronunciamiento estimativo previo de este Tribunal (STC 0012-2006-PETC) sobre la inconstitucionalidad de parte del Decreto Legislativo N.º 961, cuyo contenido normativo, se ha alegado, resultaría ser similar al del Decreto Legislativo N.º 1094. Situación de la que se seguiría la configuración de un supuesto de cosa juzgada.

107. Este Tribunal debe anotar que, si bien es cierto que los tipos penales ahora impugnados ostentan un *nomen iuris* idéntico al que precedía a las normas penales expulsadas del ordenamiento jurídico en virtud de la sentencia precita-

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

da, en todos los casos la redacción de las disposiciones penales en el Decreto Legislativo N.º 1094 ha sido variada. Ello implica para los tipos penales en cuestión no solo una nueva descripción de la conducta prohibida sino, fundamentalmente, la posibilidad de una renovada semántica normativa, que deberá ser analizada caso por caso.

...

109. A lo anterior debe sumarse que, a juicio de este Tribunal, las razones que sustentarán la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los dispositivos impugnados deben extraerse del análisis de la conducta prohibida y de su relación con el bien jurídico tutelado en cada caso. Entonces, a continuación, se analizará cada una de las normas impugnadas. Para tal fin se respetará el orden de exposición siguiente: a. Delitos contra la Seguridad Interna; b. Delitos de Inconducta Funcional durante Conflictos Armados; c. Delitos contra las Personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario; d. Delitos de Empleo de Métodos y Medios Prohibidos en la Conducción de Hostilidades; e. Delitos contra Operaciones Humanitarias y Emblemas; f. Delitos de Violación al Deber Militar Policial: Ejercicio de Grado, Mando o Posición en el Servicio Militar Policial; y g. Delitos contra la Fidelidad a la Función Militar Policial.

B.3.a. Delitos contra la Seguridad Interna

110. Este es el primer grupo de delitos del Código Penal Militar Policial. Incluye ocho tipos penales impugnados, incorporados en el capítulo II del Título I: rebelión militar policial (artículo 60), sedición (artículo 62), motín (artículo 63), negativa del militar o del policía a evitar rebelión, sedición o motín (artículo 64), colaboración con organización ilegal (artículo 65), falsa alarma (artículo 66), derrotismo (artículo 67) y conspiración del personal militar policial (artículo 68).

B.3.a.1. Rebelión

El artículo 60 del Decreto Legislativo N.º 1094 a la letra señala lo siguiente:

Artículo 60: Comete delito de rebelión y será sancionado con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco Míos y con la accesoria de inhabilitación, el militar o el policía que se levante en armas y en grupo para: 1. Aislar una parte del territorio de la República; 2. Alterar o afectar el régimen constitucional; 3. Sustraer de la obediencia del orden constitucional a

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

un grupo o parte de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; 4. Impedir la formación, funcionamiento o renovación de instituciones fundamentales del Estado. Si realiza dichas conductas empleando las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de veinte años.

...

114. Este Tribunal recuerda que declaró la existencia de vicio de inconstitucionalidad toda vez que el elemento base del delito de rebelión, como es el alzamiento o levantamiento armado por parte de militares o policías, busca tutelar el régimen constitucional, y se mantiene en ambos dispositivos. En tal sentido, se persigue garantizar el orden constitucional y la integridad del Estado democrático, reprimiendo los alzamientos armados que pueden ser llevados a cabo individual o colectivamente, por civiles o militares, y siempre que persigan “variar la forma de gobierno”, “deponer al gobierno legalmente constituido” o “suprimir o modificar el régimen constitucional”.

...

117. De otro lado, se ha argumentado que el carácter particular del injusto de la rebelión militar policial reside en que “solo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra”⁴⁰. Sin embargo, pese a esta posición privilegiada, al igual que el resto de los ciudadanos, las FFAA y la PNP ejercen funciones bajo límites que la Constitución ha consagrado, según los cuales “el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición”⁴¹.

118. Por ello, reconocer un delito de rebelión para policías y militares, distinto del aplicable al resto de ciudadanos, implicaría afirmar que policías y militares tienen un deber de diferente intensidad respecto de la fidelidad al orden constitucional; cuando en realidad la Constitución consagra tal deber como uno que corresponde a todo ciudadano en pie de igualdad. Sostener la tesis contraria lesionaría el principio de igualdad⁴².

119. De hecho, a juicio de este Tribunal, el bien jurídico establecido en el artículo 60 del Decreto Legislativo N.º 1094 no puede considerarse como propio de las fuerzas castrenses, sino que su protección corresponde a la legislación penal común. Tarea de la cual se encarga el artículo 346 del Código Penal, recogido en el título referido a los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional⁴³.

...

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

121. Con pleno respeto de la autoridad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional declara que el artículo 60 del Decreto Legislativo N.º 1094 que sanciona el delito de rebelión militar policial es inconstitucional.

B.3.a.2. Sedición

122. El artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 109444 presenta el siguiente tenor literal:

Artículo 62.- El militar o el policía que en grupo se levante en armas para impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción, incumplir una orden del servicio, deponer a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren, impedir el ejercicio de sus funciones, o participar en algún acto de alteración del orden público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación. Si para realizar tales actos emplea las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de quince años.

...

132. Finalmente, y al igual que en el delito de rebelión, se advierte que el enunciado normativo que contiene el delito de sedición también incorpora como agravante el hecho de que los actos descritos se lleven a cabo empleando las armas “que la Nación le confió [a militares y policías] para su defensa”. En ese sentido, a juicio de este Tribunal, esta agravante resulta constitucionalmente válida; puesto que no sanciona el recurso a las armas, ya constitutiva de la sedición, sino únicamente el mayor injusto que supone el uso de armas que han sido confiadas por el Estado. Como es lógico, tal agravante resulta aplicable solo respecto del supuesto (h) referido a la sedición para “incumplir una orden de servicio”

133. Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la expresión “deponer a la autoridad, bajo cuyas órdenes se encuentren, impedir el ejercicio de sus funciones”; y con respeto de la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, reafirma la inconstitucionalidad de la expresión “impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción” y “o participar en algún acto de alteración del orden público”. En consecuencia, subsiste el artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 1094 de la siguiente forma:

Artículo 62.- El militar o el policía que en grupo se levante en armas para incumplir una orden del servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación. Si para realizar tales actos emplea las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de quince años.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

B.3.a.3. Motín

134. El impugnado artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 109451 literalmente preceptúa que:

Artículo 63.- Comete delito de motín el militar o el policía, que en grupo: 1. Se resiste o se niega a cumplir una orden del servicio. 2. Exige la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectúa cualquier reclamación. 3. Ocupa indebidamente una instalación, medio de transporte o lugar sujeto a autoridad militar o policial en detrimento de una orden superior o de la disciplina. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con la accesoria de inhabilitación.

...

139. Ahora bien, de lo anterior, se advierte que la disposición legal ahora impugnada que prevé el delito de motín reproduce la misma norma del artículo 71 del Decreto Legislativo 961 que fuera controlada por este Tribunal. Se reitera, entonces, lo expuesto supra, en el sentido que la norma -a diferencia del dispositivo- nunca ha dejado de tener vigencia.

140. Configurado el supuesto de sustracción de la materia por existir cosa juzgada, este Tribunal reafirma lo establecido en la STC 0012-2006-PI/TC y declara la improcedencia de la demanda en este extremo; puesto que la disposición impugnada permanece vigente en el ordenamiento jurídico.

B.3.a.4. Negativa a evitar rebelión, sedición o motín

141. Se ha cuestionado también el artículo 64 del Decreto Legislativo N.º 109454, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 64.- El militar o el policía que, contando con los medios necesarios para hacerlo, no evita la comisión de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo señalado para el delito que se perpetró.

...

145. Cuando se sometió a control el artículo 72 del Decreto Legislativo N.º 961, este Tribunal afirmó que mediante esta norma penal se sanciona la conducta que atenta contra bienes jurídicos que contienen un componente estrictamente castrense y que comprometen las funciones constitucionales de las FFAA y de la PNP, consagradas en los artículos 163, 165 y 16e7. Por ello, se juzgó que la disposición penal impugnada presentaba las características básicas del delito de función y no contravenía el artículo 173 de la Constitución. Se confirmó, entonces, la constitucionalidad del delito.

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

146. Este Tribunal reafirma ahora, respecto al impugnado artículo 64, que la “negativa a evitar rebelión, sedición o motín” no castiga los levantamientos armados contra el orden constitucional y legal, en defensa de bienes jurídicos comunes. Tarea que corresponde a los tipos penales de rebelión y sedición, vigentes en la ley penal común. Por el contrario, el tipo penal bajo análisis penaliza el quebrantamiento de un deber solamente atribuible a militares y policías, esto es, el uso de fuerza para la defensa del orden constitucional y legal, así como de la seguridad pública y el orden interno. En tal sentido, la norma impugnada sanciona la violación de funciones típicamente castrenses, vinculadas a los principios de disciplina y defensa nacional.

...

B.3.a.5. Colaboración con organización ilegal

148. Además se ha objetado la constitucionalidad del artículo 65 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 65.- El militar o el policía que instruye o dota de material bélico a cualquier grupo armado no autorizado por la ley, organización delictiva o banda, o colabora con ellos de cualquier manera, aprovechando su función militar policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años y la accesorias de inhabilitación.

149. Se ha a do la violación de la cosa juzgada bajo el sustento de que la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 73 del Decreto Legislativo N.º 96158 fue desestimada⁷. Al respecto, se puede observar que el artículo impugnado agrega que uno de los supuestos del delito se configura cuando el militar “colabora con ellos de cualquier manera”, mientras que la anterior redacción establecía que para la configuración del delito bastaba con que el militar “colabore con ellos”, además de haberse agregado la pena accesorias de inhabilitación. Como se aprecia, no hay cambios significativos entre una disposición y otra.

150. Así las cosas, correspondería declarar la improcedencia de la demanda al haber operado la sustracción de la materia por cosa juzgada, pues tampoco han variado el sentido de los cuestionamientos a su constitucionalidad ni el parámetro constitucional de análisis.

151. Sin embargo, este Tribunal advierte que el referido artículo 65 incorpora como uno de los supuestos de colaboración con organización ilegal el que el sujeto activo “colabore con ellos de cualquier manera”. Si bien tal fórmula indeterminada podría lesionar el principio de legalidad penal (artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución); puesto que, esta norma, en su garantía

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

de *lex cena*, supone la interdicción de las “cláusulas legales indeterminadas”¹⁸⁰. Una interpretación de esta índole debe ser descartada.

No escapa pues a este Tribunal que en el derecho penal del Estado constitucional y democrático de Derecho no solo los tipos de autoría, sino también los tipos de participación deben resultar cuando menos ‘determinables’. Razón por la cual solo pueden resultar punibles actos de “colaboración”, cuando por sí mismos sean elevados a tipos de autoría —como sucede en el presente caso— o cuando puedan ser tenidos por formas de participación en otros delitos plenamente “determinados”.

152. Con relación a la frase “colabora con ellos de cualquier manera”, ella individualmente considerada, parecería tratarse de una cláusula indeterminada. Sin embargo, la propia norma permite determinar su contenido típico por dos aspectos. En primer lugar, debe tratarse de un medio equivalente a la “instrucción” o al suministro de “material bélico”. Y, en segundo lugar, tal colaboración debe ejecutarse “aprovechando su función militar policial”. En ese sentido el Tribunal Constitucional juzga que, a partir de una interpretación contextual de la expresión en cuestión, su significado resulta plenamente determinable.

Siendo así, el Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad del artículo 65 del Decreto Legislativo N.º 1094.

B.3.a.6. Falsa alarma

153. El impugnado artículo 66 del Decreto Legislativo N.º 109461 establece lo siguiente:

Artículo 66.- El militar o el policía que cause falsa alarma, confusión o desorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, y atente contra la operación militar o policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y la accesoria de inhabilitación.

...

156. Este Tribunal observa que ambas disposiciones persiguen sancionar a aquel militar o policía que cause falsa alarma, confusión o desorden entre sus pares o entre la población, siempre que tal conducta atente contra la operación militar o policial. Se advierte, entonces, que la norma penal castiga un grave atentado contra el principio de disciplina que compromete la operatividad de las FFAA o la PNP; por tanto, el ilícito en cuestión constituye un delito de función.

157. Cómo la disposición legal impugnada reproduce el mismo contenido normativo que estableció el artículo cuya constitucionalidad fue confirmada

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

por este Tribunal, cabe reiterar lo expuesto *supra* en el sentido de que si bien se tratan de dos disposiciones legales distintas, también lo es que hay una única norma que nunca dejó de tener vigencia.

...

B.3.a.7. Derrotismo

159. El impugnado artículo 67 del Decreto Legislativo N.º 109464 sanciona lo siguiente:

Artículo 67.- El militar o el policía que durante un conflicto armado internacional en el que el Perú es parte realice actos, profiera palabras o haga declaraciones derrotistas, cuestione públicamente las operaciones bélicas que se llevan a cabo o la capacidad de las Fuerzas Armadas o Policiales peruanas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación.

162. A juicio de este Tribunal, las conductas descritas en el tipo penal impugnado implican un atentado contra el principio de disciplina y ponen en peligro la operatividad de las FFAA y la PNP y las funciones de defensa nacional, todos ellos bienes jurídicos castrenses, únicamente cuando se realizan públicamente

El carácter “público” de las conductas sancionadas supone que sean realizadas ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, o a través de los medios de comunicación. Además, tales acciones deben ser idóneas para producir grave desorden entre los efectivos de las FFAA o PNP. Solo así la norma penal impugnada resulta válida como delito de función.

163. Como la disposición legal ahora impugnada reproduce parte de la misma norma que estableció el aludido artículo 75, corresponde afirmar que, si bien se trata de disposiciones legales distintas, hay una única norma, que mantiene un *continuum*, por lo que son de aplicación los efectos de la cosa juzgada.

B.3.a.8. Conspiración

165. El artículo 68 del Decreto Legislativo N.º 109467 que es tachado de inconstitucional presenta el siguiente texto:

Artículo 68.- El militar o el policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la prevista para el delito que se trataba de perpetrar.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

167. El artículo cuya constitucionalidad se cuestiona presenta un contenido similar al del derogado, y la única diferencia es que mientras el primero en la parte de la pena utiliza la expresión “señalada”, el segundo en la misma parte utilizada la expresión “prevista”. De lo anterior se colige que la disposición legal impugnada establece el mismo contenido normativo que estableció el artículo 76 del Decreto Legislativo N.º 961, razón por la cual la norma —no el dispositivo— nunca dejó de tener vigencia.

171. Respecto de la conspiración para cometer delitos de rebelión o sedición, este Tribunal considera que, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012- 2006-PI/TC, respecto a las normas penales previamente controladas, el dispositivo penal ahora cuestionado, resulta susceptible de una distinta interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control. Asimismo, el parámetro de control se muestra en algún sentido alterado; toda vez que, como fue establecido *supra*, el artículo 60 y parte del artículo 62 no protegen bienes jurídicos de naturaleza castrense, por lo que merecen un examen diferenciado.

172. En el caso de la rebelión del artículo 60, tal como se afirmó *supra*, se protege, entre otros bienes, el régimen constitucional, la integridad y el orden constitucional; por lo que resulta inconstitucional, por esta misma razón, la previsión legal que busca sancionar con la legislación penal militar la conspiración para cometer rebelión.

173. Siguiendo el mismo razonamiento, en función de lo expuesto *supra* respecto del artículo 62 el caso de la conspiración para cometer sedición también resulta inconstitucional; puesto que tutela el orden constitucional y la estructura funcional de los órganos del Estado. No obstante, el delito de conspiración resulta constitucional cuando se halla referido al supuesto de sedición del artículo 62 que atenta contra bienes jurídicos castrenses. Este es el dirigido a “incumplir una orden del servicio” dictada por una autoridad militar.

...

B.3.b. Delitos de Inconducta Funcional durante Conflictos Armados

175. Dentro de este grupo de delitos del Código Penal Militar Policial, deben analizarse 7 tipos impugnados, pertenecientes al Capítulo II del Título II: devastación (artículo 81), saqueo, apropiación y destrucción (artículo 82), confiscación arbitraria (artículo 83), confiscación con omisión de formalidades (artículo 84), exacción (artículo 85), contribuciones ilegales (artículo 87) y abolición de derechos y acciones (artículo 87).

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

B.3.b.1. Devastación

176. El artículo 81 del Decreto Legislativo N.º 1094” que ha sido impugnado presenta el siguiente texto:

Artículo 81.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, sin justa causa destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública, o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años. Si el autor incurre en el agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años.

177. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino que más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio particular, cultural, religioso, entre otros. De la redacción del texto se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de devastación o destrucción “sin justa causa”.

178. Por ello, la devastación no puede ser considerada un delito de función. En este sentido, las acciones descritas en la disposición impugnada deben ser sancionadas a través de la legislación penal común.

...

B.3.6.2. Saqueo, apropiación y destrucción

181. El artículo 82 del Decreto Legislativo” N.º 1094 presenta el siguiente tenor:

Artículo 82.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno saquee o, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar o policial, destruya, se apropie o confisque bienes será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Si el autor incurre en el agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años.

...

184. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio. De la redacción del texto, se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de apropiación, destrucción o confiscación de “manera no justificada”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

...

B.3.b.3. Confiscación arbitraria

188. El artículo 83 del Decreto Legislativo N.º 1094 que ha sido impugnado presenta el siguiente texto:

Artículo 83.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar o policial, ordene o practique confiscaciones, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

189. El delito de confiscación arbitraria ofrece una lógica muy similar al de saqueo, apropiación y destrucción, que acaba de ser analizado. Ambos supuestos típicos se refieren a la conducta ilícita de un militar o policía que, en estados de excepción, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar, confisca bienes. Inclusive el artículo 82 también castigaba la confiscación no justificada. Por este motivo el razonamiento para el análisis de la así denominada “confiscación arbitraria” del artículo 83 debe ser el mismo.

190. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio. De la redacción del texto, se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de confiscación de “manera no justificada”.

...

B.3.b.4. Confiscación con omisión de formalidades

193. Los demandantes cuestionan también la constitucionalidad del artículo 84 del Decreto Legislativo N.º 1094, que a la letra dice:

Artículo 84.- El militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno confisque sin cumplir con las formalidades legales y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

194. Este Tribunal entiende que esta disposición penal —al contemplar el delito de confiscación con omisión de formalidades—, al igual que los delitos antes examinados en su constitucionalidad, no persigue proteger el orden y la disciplina propia del accionar de las FFAA y PNP, en vista que está referido al acto de incautar bien sin compensación.

...

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

198. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento, y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio. De la redacción del texto, se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de confiscación “sin cumplir con las formalidades legales y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello.

B.3.b.5. Exacción

201. Se ha impugnado la validez constitucional del artículo 85 del Decreto Legislativo N.º 1094, que a la letra dice:

Artículo 85.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno abusando de sus funciones, obligue a una o varias personas integrantes de la población civil a entregar, o a poner a su disposición cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

202. Del texto de la disposición impugnada no se advierte que se haya circunscrito de manera adecuada la acción típica cuya sanción se encomienda al fuero militar policial, incluyendo referencias genéricas como “cualquier clase de bien” o “documentos capaces de producir efectos jurídicos”. Esta indeterminación torna difícil aceptar que el tipo penal bajo análisis proteja bienes jurídicos de naturaleza militar policial; por el contrario, se advierte que se hallan involucrados bienes jurídicos comunes, tales como el patrimonio o la libertad individual.

...

204. Por ello, tal ilícito no puede ser considerado un delito de función. Así, la acción descrita en la norma impugnada debe ser sancionada a través de la legislación penal común.

B.3.b.6. Contribuciones ilegales

206. El artículo 86 del Decreto Legislativo N.º 1094 que ha sido impugnado presenta el siguiente texto:

Artículo 86.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

207. Este Tribunal observa que esta disposición penal no sanciona la lesión de un bien jurídico castrense, como la disciplina, sino que más bien protege bienes jurídicos comunes, incluyendo el patrimonio y el buen funcionamiento de la administración pública, frente a la conducta del militar o policía (en actividad) que, en el ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él) durante los estados de excepción, exija o establezca contribuciones sin tener “facultad legal” ni “justa causa”.

B.3.6.7. Abolición de derechos y acciones

210. También se objeta la constitucionalidad del artículo 87 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 87.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, disponga que los derechos y acciones de los miembros de la parte adversaria quedan abolidos, suspendidos o no sean reclamables ante un tribunal, en violación de las normas del derecho internacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años.

212. En esta parte del examen de constitucionalidad se hace necesaria la delimitación del bien jurídico protegido. Cabe observar que lo que el tipo penal sanciona es el acto de “disponer” que “derechos y acciones de los miembros de la parte adversaria quedan abolidos, suspendidos o no sean reclamables ante un tribunal” en “violación de las normas del derecho internacional”.

Así las cosas, para este Tribunal resulta evidente que los derechos cuya disposición se sanciona, no son los que admiten ser suspendidos en el estado de excepción, sino fundamentalmente aquellos cuya lesión implicaría un atentado contra los derechos humanos, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la nacionalidad, a un recurso sencillo y rápido, etc.

213. De esta forma, el delito de abolición de derechos y acciones no protege bienes jurídicos castrenses, sino más bien la vigencia de ciertos derechos fundamentales de los adversarios, cuya lesión a manos de militares y policías, podría ser considerada inclusive como una violación de derechos humanos.

B.3.c. Delitos contra las Personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario

216. Este es el tercer grupo de delitos del Código Penal Militar Policial que se han impugnado. Incluye tres delitos del Capítulo III del Título II: (artículo

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

88) afectación a personas protegidas por el DIH, lesiones fuera de combate (artículo 89) y confinación ilegal (artículo 90).

B.3.c.1. Afectación a personas protegidas por el DIH

217. La demanda ha impugnado en primer término el tipo penal del artículo 88, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 88.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, utilice a menores de dieciocho años en las hostilidades, deporte o traslade forzosamente personas o tome como rebén a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

...

220. Ahora bien, este Tribunal ha establecido supra que aún en el contexto de un CAI o un CANI, derechos como la vida, la integridad física, la libertad sexual, la libertad de tránsito, la propiedad, la tutela jurisdiccional efectiva, entre otros, no son bienes directamente relacionados con las funciones de las FFAA o la PNP, por lo que requieren ser protegidos mediante la legislación penal común. Por esta razón se declaró inconstitucional el delito contra personas protegidas por el DIH, previsto en el artículo 90 del Decreto Legislativo N.º 96177.

221. Este Tribunal mantiene lo dicho sobre el bien jurídico relevante en el delito contra personas protegidas por el DIH. Se entiende que esta disposición penal —al contemplar el delito contra personas protegidas por el DIH— no persigue proteger el orden y a la disciplina propia del accionar de las FFAA y la PNP, propias del delito de función.

La disposición analizada protege más bien, bienes jurídicos comunes, entre otros, la libertad individual y la integridad física —que no se suspenden inclusive durante los estados de excepción—, frente a la conducta del militar o policía (en actividad) que, en el ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él), realice deportaciones, traslados forzosos o tome como rehenes a personas protegidas por el DIH.

...

B.3.c.2. Lesiones fuera de combate

224. El siguiente tipo penal impugnado se halla contenido en el artículo 89 del Decreto Legislativo N.º 109479:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

Artículo 89.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, lesione a un miembro de las fuerzas adversarias, después de que se haya rendido incondicionalmente o se encuentre de cualquier otro modo fuera de combate, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años.

...

227. Ahora bien, a partir del análisis de la descripción de la conducta sancionada por la norma penal cuestionada, este Tribunal considera que esta reprime de manera directa atentados contra bienes jurídico-penales comunes: integridad y salud. Sin duda, en lo esencial, la acción típica prohibida está referida a la comisión de lesiones dolosas contra una persona que ya no está participando de las hostilidades (miembro de las fuerzas adversarias rendido o fuera de combate). Por esta razón la norma en cuestión no puede ser entendida como delito de función.

...

B.3.c.3. Confinación ilegal

229. El último tipo penal referido a personas protegidas por el DIH, es el del artículo 90 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 90.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años, el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno: 1. Mantenga confinada ilegalmente a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario o demore injustificadamente su repatriación. En los supuestos menos graves, la pena privativa será no menor de dos ni mayor de cinco años. 2. Como miembro de una potencia ocupante traslade a una parte de su propia población civil al territorio que ocupa. 3. Obligue mediante violencia o bajo amenaza de un mal grave a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de una potencia enemiga, u, 4. Obligue a un miembro de la parte adversa, mediante violencia o bajo amenaza de un mal grave, a tomar parte en operaciones bélicas contra su propio país.

...

232. De la disposición penal que contempla la prohibición penal de confinación ilegal se desprende que esta sanciona violaciones contra la libertad individual —bien jurídico-penal común—, que se configuran cuando el militar mantiene en confinamiento ilegal, demora la repatriación, dispone traslados, obliga a prestar servicio en las FFAA enemigas u a tomar parte en las operaciones bélicas. Tales actos ilícitos contravienen, además, directamente las obligaciones derivadas del DIH, pudiendo tratarse incluso de crímenes de guerra.

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

233. Ahora bien, como el referido dispositivo y su contenido normativo fueron declarados inconstitucionales, ha operado la cosa juzgada de la STC 0012-2006- PI/TC y el Tribunal Constitucional debe volver a pronunciarse sobre el fondo del asunto. De esta manera, siguiendo la jurisprudencia existente sobre la materia, considera que debe declararse inconstitucional el artículo 90 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de confinación ilegal como delito de función, y por tanto, debe declararse fundada la demanda en este extremo.

B.3.d. Delitos de Empleo de Métodos y Medios Prohibidos en la Conducción de Hostilidades

234. Un tercer grupo de delitos que merece ser examinado incluye a los reconocidos en los Capítulos IV y V del Título II del Código Penal Militar Policial. De entre estos, han sido impugnados los delitos referidos a la actuación frente a hostilidades, tanto con relación a los métodos (artículo 91), así como a los medios (artículo 92) y la forma agravada de esos ilícitos (artículo 93).

B.3.d.1. Métodos prohibidos en las hostilidades

235. El tenor literal del artículo 91 del Decreto Legislativo N.º 1094 es el siguiente:

Artículo 91.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinticinco años, el militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno: 1. Ataque por cualquier medio a la población civil, o a una persona que no toma parte directa en las hostilidades. 2. Ataque por cualquier medio objetivos civiles, siempre que estén protegidos como tales por el Derecho Internacional Humanitario, en particular edificios dedicados al culto religioso, la educación, el arte, la ciencia o la beneficencia, los monumentos históricos; hospitales y lugares en que se agrupa a enfermos y heridos; ciudades, pueblos, aldeas o edificios que no estén defendidos o zonas desmilitarizadas; así como establecimientos o instalaciones susceptibles de liberar cualquier clase de energía peligrosa. 3. Ataque por cualquier medio de manera que revea como seguro que causará D muerte o lesiones de civiles o daños a bienes civiles en medida desproporcionada a la concreta ventaja militar esperada. 4. Utilice como escudos a personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario para favorecer las acciones bélicas contra el adversario u obstaculizar las acciones de este contra determinados objetivos. 5. Provocar o mantener la inanición de civiles como método en la conducción de las hostilidades, privando de los objetos esenciales para su supervivencia u obstaculizando el suministro de ayuda en violación del Derecho Internacional Humanitario. 6. Como superior ordene o amenace con que no se

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

dará cuartel, o 7. Ataque a traición a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un miembro de la parte adversa que participa directamente en las hostilidades, con el resultado de los incisos 16 o 17 del artículo 33.

...

239. Para este Tribunal resulta evidente que las seis disposiciones penales impugnadas no persiguen sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes, sino la corrección en el uso de la fuerza que, estando sujeta a los principios de necesidad y proporcionalidad, limita los métodos y medios utilizados por las FFAA y la PNP cuando operan en cumplimiento de sus funciones.

...

243. En consecuencia, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de todas las disposiciones del artículo 91 del Decreto Legislativo N.º 1094 referidas a métodos prohibidos de combate.

B.3.d.2. Medios prohibidos en las hostilidades

244. Con la denominación de “medios prohibidos en las hostilidades” el Decreto Legislativo N.º 1094 incorpora los artículos 92 y 93, tipos base y agravado, respectivamente, que contienen diversas disposiciones penales. Todas han sido impugnadas.

Tipo común

45. El artículo 92 del Decreto Legislativo N.º 1094 presenta el tenor literal siguiente:

Artículo 92.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno: 1. Utilice veneno o armas venenosas. 2. Utilice armas biológicas o químicas o. 3. Utilice balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, en especial balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tengan incisiones.

...

247. Al igual que los casos anteriores, se cambia “un conflicto armado internacional o no internacional” por “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, cambio que —como se ha venido señalando no implica una variación significativa del contenido normativo—

...

249. Para este Tribunal resulta evidente que las 3 disposiciones penales impugnadas no persiguen sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes,

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

la corrección en el uso de la fuerza que, estando sujeta a los principios de necesidad y humanidad, limita los medios utilizados por las FFAA y la PNP cuando actúan en cumplimiento de sus funciones.

...

251. En consecuencia, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de todas las disposiciones del artículo 92 del Decreto Legislativo N° 1094 que prevé el delito de medios prohibidos en las hostilidades.

Tipo agravado

252. El texto del artículo 93 del Decreto Legislativo N.º 1094 es el siguiente:

Artículo 93.- Si el autor incurre en la figura agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de treinta años. Si incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de dieciocho años.

...

257. Conviene que este Tribunal recuerde que la proscripción de la responsabilidad penal objetiva, como consecuencia del principio constitucional de culpabilidad, exige que solo se sancionen conductas a título de dolo o imprudencia (cfr. STC 010-2002-APTC, fundamento 64). Sin embargo, en el caso bajo análisis, una interpretación dolosa del tipo penal agravado se halla fuera de lugar, toda vez que la conducta sancionada es la de “utilizar” una determinada arma prohibida con consecuencia causal de muerte o lesiones y no la de “matar” o “lesionar”. En tal sentido, la interpretación restante es la de un delito agravado mediante un resultado imprudente.

258. Lo anterior implica que lo que realmente sanciona el tipo penal agravado es el quebrantamiento del deber de no utilizar un arma o medio de combate prohibido que conduce a la producción imprudente de un resultado de muerte. Tal interpretación obliga a precisar que esta norma resultaría únicamente aplicable a los casos en que la muerte o lesiones causadas sean penalmente reprochables (no justificadas), esto es, cuando puedan ser tenidas por delitos de lesiones u homicidio imprudentes, que, claro está, protegen bienes jurídicos comunes.

259. Esto obligaría a que la norma privativa deba ser aplicable solo cuando previamente la jurisdicción común ha encontrado responsable al sujeto activo del delito de lesiones u homicidio imprudentes; sin embargo, en tales casos resultaría inconstitucional agravar la pena de un delito en el fuero militar policial sobre la base de un injusto penal que ha motivado la aplicación de una pena en el fuero civil.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

260. Por las razones expuestas, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 93 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé la forma agravada del delito de medios prohibidos en las hostilidades.

B.3.e. Delitos contra Operaciones Humanitarias y Emblemas

261 Enseguida corresponde examinar el grupo de delitos pertenecientes al Capítulo VI del Título II del Código Penal Militar Policial: delito contra operaciones humanitarias (artículo 95), utilización indebida de signos protectores (artículo 96) y daños graves al medio ambiente (artículo 97).

B.3.e.1. Impedimento a operaciones humanitarias

262. El texto del artículo 95 del Decreto Legislativo N.º 1094 es el siguiente:

Artículo 95.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno: 1. Ataque a personas, instalaciones materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o a objetos civiles con arreglo al Derecho Internacional Humanitario, o 2. Ataque a personas, edificios materiales, unidades sanitarias o medios de transporte sanitarios que estén identificados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.

...

266. Para este Tribunal resulta evidente que las dos disposiciones penales impugnadas no persiguen sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes, sino disciplina y corrección en el uso de la fuerza que, estando sujeta a los principios de necesidad y distinción, debe regir el desempeño de las FFAA y la PNP cuando actúan en cumplimiento de sus funciones.

267. En este sentido, los incisos 1 y 2 del cuestionado artículo 95 se hallan circunscritos a la prohibición penal de “atacar” a personas, vehículos e instalaciones protegidas por el D111, constituyendo tipos penales de mera actividad que, por su propia redacción, no exigen para su consumación el resultado de muerte, lesiones o daños que pudiera hacer inferir la tutela de bienes jurídico-penales comunes. Por el contrario, las prohibiciones bajo análisis se hallan también directamente vinculadas a la tutela de la disciplina y el correcto uso de la fuerza en las acciones militares y policiales.

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

268. Como ya se ha explicado supra, este último bien jurídico se incorpora como propio del desempeño de las funciones de las FFAA y la PNP desde que estas instituciones estatales se hallan sujetas al DIH y obliga a que la acción de atacar a operaciones humanitarias sea entendida como una lesión también de un deber institucional. Por lo que la responsabilidad de esta índole será independiente de la que pueda sobrevenir por la lesión de bienes jurídico-penales comunes (vida, integridad, propiedad, salud pública, etc.).

269. En consecuencia, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de las 2 disposiciones del artículo 95 del Decreto Legislativo N.º 1094 referidas al ataque contra operaciones humanitarias.

B.3.e.2. Utilización indebida de los signos protectores

270. El cuestionado artículo 96 del Decreto Legislativo N.º 109492 presenta el tenor siguiente:

Artículo 96.- El 'militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, utiliza de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, la bandera blanca, las insignias militares, el uniforme o la bandera del adversario o de las Naciones Unidas, con el resultado de los incisos 16 o 17 del artículo 33, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.

...

273. En principio, a pesar de la nueva redacción y de la denominación asignada de “utilización indebida de los signos protectores”, se debe comenzar por desestimar que el tipo penal en cuestión se oriente a garantizar el deber utilizar de manera correcta los distintivos regulados por el DIH. Esto es así porque requiere el resultado de lesiones o muerte para su aplicación.

274. En este sentido, si bien el tipo penal describe la acción prohibida con el verbo “utilizar” de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, también exige para su configuración la producción del resultado de lesiones o muerte. Sin embargo, tal exigencia solo podría adoptar un sentido constitucionalmente válido si se las interpreta en coherencia con el principio constitucional de culpabilidad. Esto implicaría la exigencia de una relación subjetiva entre el sujeto activo del delito y el resultado lesivo.

...

277. Lo anterior implica que lo que realmente sanciona el tipo penal es la infracción de un deber de cuidado cuya titularidad es exclusiva del militar o policía y que desencadena un resultado lesivo sobre la vida o integridad de una persona. Tal interpretación obliga a precisar que esta norma resultaría únicamente aplicable a los casos en que la muerte o lesiones causadas sean pe-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

nalmente reprochables (no justificadas). Por ello, el tipo penal bajo análisis no sanciona formas concretas de lesiones u homicidio imprudentes, ilícitos que atentan contra bienes jurídicos comunes y que, por tanto, deberán ser juzgados bajo competencia de la justicia ordinaria.

278. En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara constitucional el artículo 96 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el así denominado delito de “utilización indebida de los signos protectores” como delito de función.

B.3.e.3. Daños extensos y graves al medio ambiente natural

279. Se ha objetado la constitucionalidad del artículo 97 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 97.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, ataque con medios militares desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar esperada y sin justificación suficiente para la acción, pudiendo haber previsto que ello causaría daños extensos, duraderos e irreparables al medio ambiente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

...

283. Para este Tribunal no resulta evidente que la disposición penal cuestionada persiga sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes; puesto que una opción interpretativa se halla vinculada a tutela de la corrección en el uso proporcional de la fuerza por las FFAA y la PNP cuando actúan en cumplimiento de sus funciones. Tal interpretación será descartada a continuación.

285. Frente a las dos opciones de interpretación posibles, este Tribunal considera que, como consecuencia del principio de legalidad penal, se deberá optar por la más restrictiva posible, esto es, por aquella que no extienda el ámbito de criminalización ilegítimamente.

Entonces, al exigir la verificación de daños medioambientales para su configuración, la norma en cuestión enfatizaría la sanción por la afectación dolosa del medio ambiente y no por el quebrantamiento de un deber institucional relativo al uso proporcional de la fuerza. Así las cosas, la norma en cuestión no resulta legítima como delito de función, toda vez que se halla consagrada preponderantemente a la tutela de un bien jurídico común.

286. En consecuencia, el Tribunal Constitucional debe reafirmar la autoridad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC y declarar inconstitucional el artículo 97 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de daños extensos y graves al medio ambiente natural.

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

B.3.f. Delitos de Violación al Deber Militar Policial: Ejercicio de Grado, Mando o Posición en el Servicio Militar Policial

287. Ahora es momento de analizar otro grupo de delitos del Código Penal Militar Policial impugnados. Tales ilícitos pertenecen al Capítulo II del Título VI y son los siguientes: exceso en el ejercicio del mando, tanto en su modalidad dolosa (artículo 130) y culposa (artículo 131); y exceso en el ejercicio del mando en agravio del subordinado (artículo 132).

B.3.f.1. Excesos en el ejercicio del mando

Modalidad dolosa

288. El artículo del Decreto Legislativo N.º 1094 que va a ser examinado a continuación es el artículo 130, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 130.- El militar o el policía que se exceda en las facultades de empleo, mando o de la posición en el servicio, u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y el pago de ciento ochenta días multa. Si a consecuencia de los excesos se incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años, con la accesoria de separación absoluta del servicio y el pago de trescientos sesenta días multa. Si los excesos se cometen en enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario o si se configura la agravante del inciso 17 del artículo 33, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de veinticinco años.

...

293. Al respecto, debe ponerse de relieve que estas disposiciones penales persiguen sancionar el “exceso en las facultades de mando o de la posición en el servicio” que causa lesiones graves o muerte. No obstante, el resultado típico exigido supone también un “perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial”. Así pues, las lesiones o muertes deben ser valoradas fundamentalmente en relación con la operatividad de las FFAA y el cumplimiento de la misión militar o policial, esto es, no en cuanto a la lesión de bienes jurídicos individuales (derechos a la vida y a la integridad), sino en el impacto que la muerte y las lesiones graves suponen en la baja de la capacidad militar y/o policial. Esta lectura del tipo penal de delito de función resulta coherente con la posición privilegiada que ostenta quien se halla al mando sobre sus subordinados.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

...

295. Entonces, conviene que este Tribunal recuerde que la proscripción de la responsabilidad penal objetiva, como consecuencia del principio constitucional de culpabilidad, exige que solo se sancionen conductas a título de dolo o imprudencia (cfr. STC 010-2002-AI/TC, fundamento 64). Sin embargo, en el caso bajo análisis, una interpretación dolosa de ambos supuestos agravados se halla fuera de lugar, toda vez que la conducta sancionada es la de “excederse” en el mando o la posición de servicio con consecuencia causal de muerte o lesiones y no la de “matar” o “lesionar”. En tal sentido, la interpretación restante es la de un delito agravado mediante un resultado imprudente.

296. Lo anterior implica que lo que realmente sanciona el tipo penal agravado es el quebrantamiento del deber de utilizar de forma razonable el mando y la posición de servicio que conduce a un resultado de muerte o lesiones que, en cuanto bajas en el personal militar-policial, perjudica el desarrollo de la misión militar o policial. Por ello, tales supuestos típicos de delitos de función resultan constitucionalmente válidos.

...

300. En consecuencia, con pleno respeto de la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, este Tribunal considera que debe confirmarse la constitucionalidad del artículo 130 del Decreto Legislativo N.º 1094.

Modalidad culposa

301. El artículo 131 del Decreto Legislativo N.º 1094 presenta el tenor literal siguiente:

Artículo 131.- El militar o el policía que por negligencia, impericia o imprudencia en el uso de las armas, medios defensivos u otro material, ocasione los resultados de los incisos 16 o 17 del artículo 33 u otros daños a un militar o policía, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

...

303. Así, el artículo bajo examen suprime el carácter “profesional” de la negligencia punible. También se modifica el contexto en el que se configuraría el delito, al no exigirse que la negligencia, imprudencia o impericia tuviese lugar “en acto de servicio”, sino “en el uso de las armas, medios defensivos u otro material”. De otro lado, se ha establecido una escala penal diferente y se ha adicionado la accesoria de inhabilitación.

En efecto, la supresión del carácter “profesional” de la negligencia o el cambio de la expresión “en acto de servicio” por la de “en el uso de las ar-

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

mas, medios defensivos u otro material”, no lo convierte en sustancialmente diferente una respecto de la otra, pues es claro que se refiere al ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él) del militar o policía. Si bien el tipo penal en cuestión ha recibido el *nomen iuris* de “modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando”, para este Tribunal, resulta evidente que la redacción del tipo penal se halla referida a una forma particular de lesiones u homicidio imprudente derivadas del inadecuado uso de “armas, medios defensivos u otro material”.

En tal sentido, los bienes jurídicos tutelados son la vida, integridad física y salud. Por lo demás, cabe resaltar que el tipo penal carece de cualquier referencia al “grado, jerarquía o mando” que permita argumentar la tutela adicional de algún bien jurídico castrense. Así las cosas, resulta imposible calificar la conducta descrita en el artículo 131 como un delito de función.

304. Por estas razones, el respeto a la decisión del Tribunal Constitucional en la STC 0012-2006-PI/TC y a la calidad de cosa juzgada que ostenta, impone que el artículo 131 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé la así denominada “modalidad culposa” del delito de “excesos en el ejercicio del mando” sea declarada inconstitucional.

B.3.f.2. Excesos en agravio del subordinado

305. Se impugna también el artículo 132 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 132.- El militar o el policía que veje o ultraje gravemente al subordinado, impida que el subordinado presente, continúe o retire recurso de queja o reclamación, exija al subordinado la ejecución indebida o la omisión de un acto propio de su función, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

...

308. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a la normas penales previamente controladas; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.

...

313. En consecuencia sin afectar la autoridad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, debe declararse constitucional el artículo 132 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado como delito de función.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

B.3.g. Delitos contra la Fidelidad a la Función Militar Policial

314. Finalmente, toca analizar el grupo de delitos correspondientes al Capítulo Único del Título VIII del Código Penal Militar Policial relacionados al quebramiento de los principios esenciales militares o policiales: certificación falsa sobre asuntos del servicio (artículo 140) y destrucción de documentación militar policial (artículo 142).

B.3.g.1. Certificación falsa sobre asuntos del servicio

315. El cuestionado artículo 140 del Decreto Legislativo N.º 1094101 incorpora el siguiente texto:

Artículo 140.- El militar o el policía que expida certificación falsa sobre asuntos del servicio, en provecho propio o de otro militar o policía, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien para obtener cargo, puesto, función o cualquier otra ventaja o lo exima de ellos, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

...

318. En esta oportunidad los cambios en el dispositivo han circunscrito la adecuadamente la acción. Ahora la comisión del delito debe vincularse con los “asuntos del servicio” y no como se establecía “en razón de la función o profesión”; asimismo, la restricción a militares y policías de los sujetos beneficiados como consecuencia del delito le otorga un cariz institucional a la acción típica. Tales variaciones permiten afirmar que el bien jurídico protegido es propio de las FFAA y PNP.

319. A pesar de que la STC 0012-2006-PUTC expresó que el bien jurídico tutelado era la fe pública, ello no obsta para que en la configuración actual del delito la prevalencia del injusto recaiga en la fidelidad a la función castrense. Razón por la cual debe considerarse que se trata de un delito de función lato sensu. El fin perseguido se encuentra en los asuntos del servicio que realiza el militar o policía en actividad, tiene como sujeto beneficiado a otro igual que él, e incluso permite eximir al oficial castrense de un puesto o función. Elementos objetivos del tipo que describen una afectación al principio de disciplina, la cual resulta fundamental para las funciones de las FFAA o PNP.

...

321. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que el artículo 140 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de certificación falsa sobre asuntos del servicio como delito de función, debe ser confirmado en su constitucionalidad.

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

B.3.g.2. Destrucción de documentación

322. El artículo 142 del Decreto Legislativo N.º 10941º presenta el siguiente tenor:

Artículo 142.- El militar o el policía que destruya, suprima u oculte, documentación, en beneficio propio o de otro militar o policía, poniendo en peligro el servicio o la operación militar o policial, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años.

...

325. La exigencia de que la acción ponga en peligro el servicio o la operación militar o policial, sumada a la precisión de Ja condición del sujeto beneficiado, a juicio de este Tribunal, son trascendentes para catalogar el bien jurídico tutelado como uno de naturaleza militar policial. En concreto, el tipo penal castiga la violación del principio de disciplina, el cual resulta fundamental para las funciones de las FFAA o PNP.

...

327. Por las razones as razones expuestas, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 142 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé el delito de destrucción de documentación militar policial como delito de función, debe ser confirmado en su constitucionalidad.

C. El decreto legislativo n.º 1095 y la alegada inconstitucionalidad de diversas normas sobre el uso de la fuerza por la FFAA

C1. Pautas para el uso de la fuerza de conformidad con la Constitución y los instrumentos internacionales

328. Conforme se desprende de los artículos 1.1 y 2.4 de la Carta de las NNUU110, el derecho internacional proscrib —en principio— el uso de la fuerza por parte de los Estados en sus relaciones internacionales, al disponer que *[los] Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.*

Ello no implica que el derecho internacional prohíba, en cualquier supuesto, que los Estados empleen la fuerza.

329. En efecto, la normativa internacional admite, de manera excepcional, el uso de la fuerza en situaciones de legítima defensa frente a un ataque armado⁷ o cuando el propio Consejo de Seguridad decide su uso frente a una ame-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

naza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión¹¹². Bajo la misma lógica de excepcionalidad, a nivel interno de un Estado, será su propia legislación la encargada de regular aquellas situaciones de insurgencia que ameriten un uso legítimo de la fuerza, habilitándola —en nuestro caso para la “defensa del orden constitucional”¹¹³—, o prohibiéndola, como actos que afrentan la ley y el orden interno.

330. La regulación de la fuerza empleada por los Estados originó el reconocimiento de dos grandes ordenamientos a nivel internacional¹¹⁴.

De un lado, se encuentra el denominado *ius ad bellum*, consagrado en la Carta de las NNUU, o derecho que prohíbe la guerra o uso de la fuerza en las relaciones entre los Estados, salvo las excepciones referidas supra y que implica la plena ‘a del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

De otro, se presenta el denominado *ius in bello*, o derecho de la guerra y de los conflictos armados, que tiene su base en la aplicación del DIH, consagrado en los cuatro Convenios de Ginebra¹¹⁵ y sus tres Protocolos Adicionales¹¹⁶ que no prohíben tales conflictos, sino que, frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos. La aplicación del DIH a cada Estado es ineludible en virtud del carácter de normas de *ius cogen*.

31. Así, el DIH implica un conjunto de normas de origen convencional o consuetudinario que tienen como fin la solución de los problemas de carácter humanitario generados por los conflictos armados, a través del establecimiento de límites respecto de los métodos o medios de combate, protegiendo a las personas que no participan o que ya no participan en los combates, y actuando a través de la atención y cura de heridos, el trato digno a los prisioneros, la cautela de los bienes indispensables para la supervivencia, entre otras acciones.

Por ello, los principios, directrices y prohibiciones que establece deben ser respetados por los gobiernos, sus militares, así como por los grupos armados en oposición o por cualquier otra parte que se encuentre en situación de conflicto.

332. El DIH busca establecer una especie de núcleo de derechos fundamentales¹¹⁷, de tal forma que los actos de violencia contra las personas civiles y los bienes de carácter civil resultan ilícitos para este derecho (principio de distinción), que proscribire, en ese sentido, cualquier ataque indiscriminado o desproporcionado. Las operaciones militares en principio son conducidas por las FFAA, sin embargo, también pueden participar en ellas las fuerzas policiales o de seguridad, las cuales mantienen la responsabilidad de garantizar el orden¹¹⁸.

333. De esta forma, si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIH comparten un objetivo común, que es el de proteger la dignidad y la humanidad de la persona, existe un marcado consenso en afirmar que

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

ambos cuerpos normativos son aplicables en situaciones de conflicto armado, aunque en tales contextos el segundo constituye la *lex specialis*.

334. En conclusión, las normas del DIH conforman nuestro ordenamiento jurídico —como parte del bloque de constitucionalidad internacional—, convirtiéndose en parámetro normativo y de interpretación para el desarrollo del derecho interno y el control de los actos o decisiones que tienen lugar en las situaciones de conflicto y que afectan a las personas que no participan en las hostilidades o que han dejado de hacerlo, así como en lo relativo a los medios y métodos de los enfrentamientos.

C.2. Acerca de la jurisdicción y competencia del fuero militar para examinar conductas ilícitas

335. El artículo 27 del Decreto Legislativo N.º 1095 dispone lo siguiente:

Artículo 27: Las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación del presente Decreto Legislativo o en ejercicio de su función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial, de conformidad al artículo 173 de la Constitución Política.

...

340. Conviene precisar que, en una anterior oportunidad, este Tribunal ha emitido pronunciamiento con relación al artículo 13 de la Ley N.º 29166, el cual regulaba el juzgamiento de las conductas ilícitas del personal militar por el Fuero Militar Policial, optando por ratificar su constitucionalidad siempre que se interprete de conformidad con la noción de delito de función. En efecto, se estableció que “la presunción de los delitos de función establecida en el artículo 13 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”.

341. Sobre esta base, y teniendo en cuenta que el demandado aduce que el artículo 27 impugnado, al igual que la disposición anterior,¹²¹ contempla una referencia al delito de función, este Tribunal debe reiterar el mismo criterio establecido a fin de evitar la expulsión de dicha disposición del ordenamiento jurídico. El artículo 13 establecía que todas las conductas ilícitas del militar en el ejercicio de su función (en el marco de dicha ley) que se presuman delito de función serán de competencia del fuero militar policial, razón por la cual fue convalidada en su constitucionalidad siempre que sea interpretada de conformidad con el delito de función.

...

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

343. En ese sentido, a juicio de este Tribunal corresponde mantener la constitucionalidad de dicho dispositivo legal, e interpretar que las “conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación del presente Decreto Legislativo o en ejercicio de su función” hacen referencia a delitos de función. Además, vale reiterar que los delitos que eventualmente cometan las FFAA en el marco del Decreto Legislativo N.º 1095 serán de competencia del fuero castrense que establece la ley respectiva.

C.3. *Uso de la fuerza y control del orden interno*

344. Los demandantes han alegado que los artículos 5.1, 7, 8.1, 9 y 13.2 del Decreto Legislativo N.º 1095 son inconstitucionales. Estas disposiciones establecen lo siguiente:

Artículo 5.- Cada una de las situaciones consideradas en el presente artículo, se rige por los principios señalados y definidos en el Título correspondiente del presente Decreto Legislativo. 5.1. Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de éste, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario (...).

Artículo 7.- Los principios rectores que rigen antes, durante y después del empleo de la fuerza son los reconocidos por las normas del Derecho Internacional Humanitario, y son los siguientes: a. Humanidad.- Las personas puestas fuera de combate y aquellas que no participen directamente de las hostilidades son respetadas, protegidas y tratadas con humanidad. En el mismo sentido, las personas que participan directamente de las hostilidades no son objeto de sufrimientos innecesarios. B. Distinción.- Es la diferenciación que se debe realizar entre quienes participan y quienes no participan directamente de las hostilidades. La población civil no puede ser objeto de ataque. Debe distinguirse entre los objetivos militares y aquellos que no lo son. Sólo los objetivos militares pueden ser objeto de ataque. c. Limitación.- Los medios y métodos de empleo de la fuerza en el enfrentamiento no son ilimitados, El Derecho Internacional Humanitario prohíbe el empleo de aquellos que pudiesen causar daños o sufrimientos innecesarios. d. Necesidad militar.- Es aquella que justifica el empleo de la fuerza y que permite obtener la legítima y concreta ventaja militar esperada. Este principio no constituye excusa para conducta alguna que esté prohibida por el Derecho Internacional Humanitario. e. Proporcionalidad.- Autoriza una operación militar cuando sea previsible que no causará daños incidentales entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y prevista.

Artículo 8.1.- Los miembros de las Fuerzas Armadas que intervienen en las operaciones militares desde su planeación, decisión, conducción, y con posterioridad a ellas, en las situaciones previstas en el artículo 5.1 del presente Decreto Legislativo, se sujetan a las

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

normas del Derecho Internacional Humanitario y a las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que sean aplicables [...].

Artículo 9.- La aplicación del Derecho Internacional Humanitario no surte efectos sobre el estatuto jurídico de quienes intervienen en las hostilidades.

Artículo 13.2.- El empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas contra un grupo hostil durante el Estado de Emergencia se sujeta a las reglas de enfrentamiento, ejecutándose las operaciones de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.

...

348. Con relación a la suspensión del ejercicio de derechos, regulada en el artículo 137 de la Constitución, se ha sostenido que se trata de una atribución propia de 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”¹²².

Se estableció que tal suspensión de derechos no comporta la suspensión temporal del Estado de derecho o una autorización a los gobernantes a apartar su conducta a la que en todo momento deben ceñirse, toda vez que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”¹²³. Esto se advierte en mayor medida considerando que el artículo 8.1, que hace referencia a la intervención de las fuerzas armadas en los operativos militares, hace explícita referencia al DIDH.

349. De este modo, y de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia de este Tribunal respecto del uso de la fuerza, las disposiciones cuestionadas no excluyen la interpretación y aplicación de la Constitución y, a partir de ella, del DIDH, ya que estos cuerpos normativos también resultan plenamente aplicables, según corresponda, a las situaciones en las que la ley autoriza a efectuar, en el contexto de operaciones militares en estado de emergencia, en contra de un grupo hostil. De hecho, en la contestación de la demanda también se ha precisado que la referencia al DIH “no significa que en tales supuestos no corresponda aplicar la Constitución o el derecho internacional de los derechos humanos”¹²⁴.

350. Sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal nota que los diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no fueron elaborados específicamente para regular las situaciones de conflicto armado, por lo que no contienen normas específicas que rijan el uso de la fuerza y los medios y métodos de guerra en situaciones de conflicto armado. Por ello, el

¹²² Fundamento 26 de la STC 0002-2008-PL/ITC, siguiendo la doctrina fijada por la Corte IDH.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

DIH puede servir como *lex specialis* a fin de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos¹²⁵.

...

352. En consecuencia, cualquier ciudadano presuntamente afectado de un modo desproporcionado en sus derechos por la declaración de alguno de los estados de excepción o por la decisión del presidente de la República de autorizar la actuación de las FFAA para el mantenimiento del control del orden interno, podría recurrir a la vía del proceso constitucional de amparo —o de habeas corpus si existe conexión con la libertad individual— a fin de que se lleve a cabo el control de constitucionalidad pertinente.

Ello será viable en el contexto de un proceso de tutela de derechos que examine cada situación particular, pero no es algo que corresponda ser dilucidado en el contexto de un control abstracto de normas, como ocurre en un proceso de inconstitucionalidad.

Por los fundamentos expuestos, este extremo de la demanda debe ser declarado infundado.

C.4. *Uso de la fuerza frente a grupos hostiles*

...

354. El aludido inciso 1 del artículo 5 expresa que:

5.1 Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de este; rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario [...].

El grupo hostil ha sido definido por el literal f del artículo 3, en los siguientes términos:

f. Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego, punzo cortantes o contundentes en cantidad; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización.

...

357. El Tribunal aprecia que, con la finalidad de examinar la validez constitucional de las disposiciones impugnadas, resulta indispensable hacer referencia al ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

¹²⁵ Párrafo 61 del Informe de la Comisión IDH sobre Terrorismo y Derechos Humanos, del 22 de octubre del 2002.

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

C.4.a. El derecho internacional humanitario y sus supuestos de aplicación

358. El DIH constituye el marco jurídico que regula las cuestiones humanitarias en tiempo de conflicto armado. Su finalidad es proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y definir los derechos y obligaciones de todas las partes en un conflicto con respecto a la conducción de las hostilidades.

Esta rama del derecho implica un conjunto de normas de origen convencional o consuetudinario que tienen como fin la solución de los problemas de carácter humanitario generados por los conflictos armados, a través del establecimiento de límites respecto de los métodos o medios de combate, protegiendo a las personas que no participan o que ya no participan en los combates, y actuando a través de la atención y cura de heridos, el trato digno a los prisioneros, la protección de los bienes indispensables para la supervivencia entre otras acciones.

Por ello, los principios, directrices y prohibiciones que establece deben ser respetados por los gobiernos, sus militares, así como por los grupos armados en oposición o por cualquier otra parte que se encuentre en situación de conflicto.

359. Teniendo en cuenta que la violencia dirigida contra los objetivos militares del adversario no está prohibida por el DIH, independientemente de que sea ocasionada por un Estado o una parte no estatal en un conflicto armado, el DIH busca establecer una especie de núcleo de derechos humanos, de tal forma que los actos de violencia contra las personas civiles y los bienes de carácter civil resultan ilícitos para este derecho (principio de distinción), que proscribire en ese sentido cualquier ataque indiscriminado o desproporcionado.

Las operaciones militares en principio son conducidas por las FFAA, sin embargo, también pueden participar en ellas las fuerzas policiales o de seguridad, las cuales mantienen la responsabilidad de garantizar el orden¹²⁸.

360. Según lo ha establecido el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, un conflicto armado se configura cuando “se recurre a la fuerza armada entre Estados o se desarrolla un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el seno de un Estado”¹²⁹. Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II de 1977, reconocen la existencia de dos tipos de conflictos armados —en función de su carácter internacional o no internacional— en los que es posible recurrir a las FFAA para su enfrentamiento.

...

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

362. Un conflicto armado no internacional (CANI) —que es el que interesa a la luz de los cuestionamientos de la parte accionante al Decreto Legislativo N. ° 1095—, presupone un enfrentamiento entre grupos de un mismo Estado, sea que se trate de luchas entre las propias FFAA (por rebelión en su seno), o de éstas contra grupos armados o de grupos de población que se enfrentan entre sí.

...

366. Tomando en cuenta este marco general, es preciso examinar algunos supuestos del uso de la Fuerza por parte de las FFAA. A modo de premisa, para este Tribunal es claro que la intervención de las FFAA en el mantenimiento del control del orden interno es habitual, pues para ello se requiere de una previa declaratoria del estado de emergencia por parte del Presidente de la República, toda vez que dicha labor le corresponde fundamentalmente a la PNP, aunque también se admite una intervención adicional al referido supuesto de régimen de excepción.

...

368. Para que el actor de un CANI sea calificado como grupo armado debe cumplir 11 determinados requisitos, tales como:

- (i) Estar conformado por un número suficiente de personas;
- (ii) tener un grado suficiente de organización y estar bajo la dirección de un mando responsable identificable;
- (iii) el tipo de armas u otro material militar utilizado, así como el tipo de fuerza empleado, deben ser idóneos para generar hostilidad militar;
- (iv) debe ejercer control sobre alguna parte del territorio nacional;
- (v) tener capacidad suficiente para planificar, coordinar y llevar a cabo hostilidades militares; y,
- (vi) tener capacidad para expresar una posición común, negociar y concertar acuerdos tales como el cese del fuego o el acuerdo de paz.

369. Lo mencionado implica que los grupos armados organizados comprenden a las FFAA de una parte no estatal, integrados por personas cuya función es participar en las hostilidades y que asumen una función continua y de participación directa en las mismas. Se requiere, para que se repunte de estos grupos una participación directa en las hostilidades:

- (i) La existencia de un umbral de daño (probabilidades de que el acto generado tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado o bien de que cause muerte, heridas o destrucción a las personas o a los bienes protegidos contra los ataques directos);

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

(ii) la causalidad directa del acto y daño generado (vínculo directo entre el acto y el daño que pueda resultar de tal acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante); y,

(iii) el nexo beligerante (el propósito específico del acto es causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra).

C.4.6. La constitucionalidad de la expresión “grupo hostil”

370. En tal contexto, para este Tribunal resulta evidente que si bien la definición de grupo hostil, establecida en el artículo 3.f del decreto legislativo impugnado, no reconoce de forma explícita todos los elementos que configuran un grupo armado, ello sí se desprende de una interpretación sistemática de los artículos impugnados¹³⁴, y es que al reconocer la vigencia de las normas del DM “[c]uando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de éste [...]”, se concluye un fin de adecuación de la definición nacional de grupo hostil a aquella establecida en el ámbito internacional.

Siendo así, resulta necesario reiterar que las operaciones militares de las FFAA, en un contexto excepcional de estado de emergencia, con el objetivo de enfrentar a un “grupo armado,” sólo tendrá lugar luego de verificar que dicho grupo cumple con las condiciones precisadas *supra*.

371. Los disturbios sociales y tensiones internas deben, prima facie, regularse por las disposiciones del propio Derecho interno —que prevén situaciones de estados de excepción— en consonancia con el DIDH.

Sin perjuicio de ello, y ante eventuales situaciones de insuficiente protección internacional de las víctimas de los disturbios interiores y las tensiones internas, toda vez que las autoridades del poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales e incluso las FFAA para restablecer el orden, resulta admisible que dicho marco jurídico sea implementado con las disposiciones fundamentales del DIH a fin de enriquecer y clarificar el estándar de protección al ser humano (principio de humanidad)¹³⁵.

372. Es así que la sola participación de las FFAA no convierte una situación de tensión doméstica en un conflicto armado, conforme ha sido establecido por el Tribunal Penal para Ruanda, al precisar que “Los disturbios y tensiones internas caracterizadas por actos de violencia aislados o esporádicos no constituyen conflictos armados incluso si el gobierno se ve forzado a recu-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

rrir a las fuerzas policiales o a las fuerzas armadas con el fin de restablecer el Derecho y el orden”¹³⁶.

...

374. Si bien la interpretación de la expresión “grupo hostil” depende de que esta sea concordada a la luz de las exigencias del concepto de “grupo armado”, tal como ha sido desarrollado por el DIH, este Tribunal advierte cierta parte del literal f del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1095, por la forma en que ha sido redactada, resulta imposible de conciliar con la citada normatividad internacional.

En concreto, a juicio de este Tribunal, el enunciado dispositivo “punzo cortantes o contundentes en cantidad” resulta incompatible con la exigencia del DIH según la cual “el tipo de armas u otro material militar utilizado, así como el tipo de fuerza empleado deben ser idóneos para generar hostilidad militar”. Así pues, resulta evidente que armas de tipo “punzo cortantes” o “contundentes” no reúnen las características que permitirían dotar a quienes las portasen de una potencia armada objetivamente superior a la de la policía, puesto que estos están autorizados a portar armas de fuego y cuentan con entrenamiento.

...

376. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que se debe estimar este extremo de la demanda de autos y, en consecuencia, declarar inconstitucional el enunciado normativo que se refiere a armas de tipo “punzo cortantes o contundentes en cantidad” contenido en el artículo 3.f del Decreto Legislativo N.º 1095. Subsiste la disposición con el siguiente contenido:

Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización.

Además, se reafirma que los artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1095, en el extremo que se refieren al “grupo hostil”, deben ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común respecto de la regulación del “grupo armado”.

C.4.c. La libertad de reunión y los derechos de participación

378. Se garantiza por la Constitución el derecho de toda persona (...) a reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad pública.¹³⁹.

En efecto, y como lo dijera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “la protección de las opiniones y la libertad de expresarlas constituyen uno de los objetivos de las libertades de reunión y de asociación consagrado en el artículo 11”¹⁴⁰.

...

380. De otro lado, el derecho a la participación política¹⁴² también tiene un carácter fundamental y constituye un presupuesto indispensable para que se garantice el máximo respeto a todos los derechos constitucionales, al encontrar su justificación en la noción de Estado social y democrático de derecho. De esta manera, se protege en las personas la libertad de intervención en los procesos y toma de decisiones en la vida política, económica, social y cultural de la Nación y en los diversos niveles de organización, público y privado¹⁴³.

...

382. A la luz de lo expuesto, este Tribunal considera pertinente precisar que los cuestionados artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1095 no regulan ni se refieren al ejercicio legítimo o arbitrario de los derechos determinados supra, sobre todo si se examina el contenido que la Constitución le ha otorgado a cada uno de ellos, sino que, bien entendidas las cosas, solo regulan los elementos básicos y/o configuradores del grupo hostil definido supra, término que conforme fue establecido con anterioridad, no cubre dentro de su ámbito de regulación a las protestas sociales o disturbios interiores, entre otros.

383. Por las razones antes expuestas, este Tribunal Constitucional considera que debe declararse infundada la demanda en este extremo.

C.5 El uso de la fuerza fuera de un Estado de excepción

384. Una segunda posibilidad para el uso de la fuerza de parte de las FFAA se encuentra en los casos en que la capacidad de la PNP haya visto sobrepasada. Se requeriría la intervención de aquéllas supuestamente por ser imprescindibles para el mantenimiento del orden interno.

385. Al respecto, se ha cuestionado la constitucionalidad del artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, que a la letra dice:

Artículo 4.3.- La intervención de las Fuerzas Afinadas en defensa del Estado de Derecho y protección de la sociedad se realiza dentro del territorio nacional con la finalidad de: (...) Prestar apoyo a la Policía Nacional, en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo

¹⁴⁰ Fundamento 37 del Caso del Partido de la Libertad y la Democracia c. Turquía.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados cuando la capacidad de la Policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera.

...

388. El Tribunal advierte, en la disposición impugnada, dos fragmentos cuya validez debe ser analizada. El primero, relacionado con la posibilidad de la intervención de las Fuerzas Armadas en defensa del Estado de Derecho con la finalidad de prestar apoyo a la Policía Nacional en los casos de “de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales”. El segundo se relaciona con si la expresión esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados” resulta válida según los parámetros desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal.

C.5.a. Constitucionalidad de la expresión relacionada con la participación de las FFAA en apoyo de la PNP en los casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales

389. En la lógica de excepcionalidad y temporalidad que caracteriza a cualquier uso de la fuerza, es legítimo considerar la facultad de las FFAA de apoyar en la restauración o restablecimiento del control del orden interno en las zonas que no han sido declaradas en estado de emergencia y sólo cuando se supere la capacidad de control del orden interno de la PNP. En este caso, se le reconoce a las FFAA funciones de policía para preservar la paz y la seguridad en situaciones de apremio, que no son consideradas de emergencia, pero que requieren de una respuesta rápida por parte de los elementos de la fuerza pública ante la imposibilidad de la PNP de contrarrestar esta situación por sus propios medios.

390. ...

De lo hasta ahora expuesto, se tiene que la disposición cuestionada recoge algunos de los supuestos que este órgano de control de la Constitución desarrollara como legítimos en términos constitucionales, por lo que correspondería confirmar la constitucionalidad de ellos. Esta conclusión resulta aplicable a la parte de la disposición impugnada que se refiere al apoyo de las FFAA en el mantenimiento del control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia con la finalidad de

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

(...) prestar apoyo a la Policía Nacional, en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales (...) cuando la capacidad de la Policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera,

...

C.5.b. Constitucionalidad de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados”

392. Otro-extremo del impugnado artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, introduce un nuevo supuesto, cuando refiere: “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, supuesto normativo que además se encuentra previsto en el artículo 23.d del Decreto Legislativo objeto de impugnación. Al respecto, este Tribunal hace notar el carácter abierto e impreciso de este extremo de la disposición impugnada, y que ello puede resultar contrario, *prima facie*, a la lógica de excepcionalidad y temporalidad que rige la intervención de las FFAA en zonas que no han sido declaradas en estado de emergencia.

393. Sin embargo, el Tribunal considera que existen situaciones concretas en que a veces se impondría como razonable el apoyo de las FFAA a la PNP a fin de garantizar una serie de bienes constitucionales que puedan encontrarse comprometidos, como ha sido en el caso de la minería ilegal¹⁵¹. Tales situaciones excepcionales, sin embargo, deben armonizarse con las restricciones impuestas desde el ordenamiento internacional, especialmente el DIH conforme se precisó antes, pues este impide avalar, sin más, normas indeterminadas como la cuestionada.

A juicio del Tribunal, la indeterminación en que incurre podría llevar a una aplicación arbitraria e inconstitucional, pues ello podría dar lugar a que las FFAA actúen en apoyo de la PNP bajo cualquier situación o circunstancia, como el bloqueo de una carretera, el control de una huelga, la toma y control de una entidad pública, entre otras, donde al libre criterio de la autoridad se haya sobrepasado la capacidad de la PNP.

394. Por ello, el Tribunal considera necesario precisar que las FFAA solo pueden apoyar a la PNP en el mantenimiento del orden interno —además del supuesto de un estado de emergencia— en las siguientes situaciones: narcotráfico¹⁵²; terrorismo¹⁵³; protección de instalaciones estratégicas —públicas o privadas— que resulten necesarias para el funcionamiento del país y la prestación de los servicios públicos esenciales¹⁵⁴; y que en virtud de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, tal apoyo también comprende aquellos casos extremos en los que se ponga en peligro la vida, integridad, salud o seguridad de las personas, de toda o parte de una población¹⁵⁵.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

...

396. Si bien la norma no precisa un plazo mínimo ni máximo para la intervención de las FFAA en estos casos, ni los elementos a tener en cuenta para determinar cuándo la PNP se encuentra sobrepasada en sus atribuciones, resulta evidente que tales aspectos deben ser establecidos en la resolución suprema por la que se autoriza dicha intervención. El plazo no puede superar los sesenta días previstos en el artículo 137 de la Constitución para el estado de emergencia, pues de requerirse un plazo mayor, se ha previsto recurrir al estado de emergencia.

397. Asimismo, los demandantes o cualquier otro ciudadano, presuntamente afectados de un modo desproporcionado en sus derechos por la decisión del presidente de la República de autorizar la actuación de las FFAA para el mantenimiento del control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, podrían recurrir a la vía del proceso constitucional de amparo —o de habeas corpus si existe conexión con la libertad individual— a fin de que se lleve a cabo el control de constitucionalidad pertinente.

Por todas las razones expuestas, este Tribunal considera que se debe desestimar este extremo de la demanda y, en consecuencia, interpretarse el enunciado normativo que se refiere a “y en los demás casos constitucionalmente justificados” del artículo 4.3 del Decreto Legislativo N°. 1095 que están referidos a aquellos casos extremos en los que se ponga en peligro la vida, integridad, seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población.

Además, debe interpretarse esta disposición en el sentido que cuando se decreta esta intervención, la resolución suprema debe respetar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

398. Asimismo, dado que el artículo 23 del Decreto Legislativo impugnado tiene conexidad con el extremo del artículo 4.3, puesto que reproduce el mismo contenido normativo¹⁵⁹, los fundamentos señalados supra deben extenderse al enunciado normativo contenido en el literal “d” del artículo 23.

...

V. FALLO

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

Ha resuelto

1. Declarar INFUNDADA, en parte, la demanda y, por consiguiente:

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

1.1. Reafirmar como CONSTITUCIONALES los artículos 91 (métodos prohibidos en las hostilidades), 92 (medios prohibidos en las hostilidades), 95 (impedimento a operaciones humanitarias), 96 (utilización indebida de signos protectores), 130 (excesos en el ejercicio del mando), 132 (exceso en el mando en agravio del subordinado), 140 (certificación falsa sobre asuntos del servicio) y 142 (destrucción de documentación militar policial) del Decreto Legislativo N.º 1094, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico.

1.2. Reafirmar como CONSTITUCIONALES los artículos 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 del Decreto Legislativo N.º 1095, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico.

1.3. Con los votos de los magistrados Urviola Hani y Ramos Nuñez a favor de la constitucionalidad y los votos de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera en contra, y de conformidad con segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

Reafirmar como CONSTITUCIONALES los artículos 4.3. y 23, inciso d), del Decreto Legislativo N.º 1095, debiendo interpretarse el enunciado normativo “y en los demás casos constitucionalmente justificados” que se emplean en ambas disposiciones, que están referidos a aquellos casos extremos en los que se ponga en peligro la vida, integridad, salud y seguridad de las personas, de toda o una parte de la población.

2. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda y, por consiguiente:

2.1. Declarar INCONSTITUCIONALES en su totalidad los artículos 60 (rebelión), 81 (devastación), 82 (saqueo), 83 (confiscación arbitraria), 84 (confiscación sin formalidades), 85 (exacción), 86 (contribuciones ilegales), 87 (abolición de derecho), 88 (afectación de personas protegidas), 89 (lesiones fuera de combate), 90 (confinación ilegal), 93 (medios prohibidos en las hostilidades), 97 (daños graves al medio ambiente), y 131 (excesos en el mando — tipo imprudente) / del Decreto Legislativo N.º 1094, Código Penal Militar Policial, por no constituir delitos de función, según lo establecido en el artículo 173 de la Constitución, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico.

2.2. Declarar INCONSTITUCIONAL parte del artículo 62 (sedición) del Decreto Legislativo N.º 1094, en los extremos en los que se expresa “impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción, [...], deponer a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren, impedir el ejercicio de sus funciones, o participar en algún acto de alteración del orden público, [...]”. Subsiste el mencionado artículo de la siguiente forma: “El militar o el policía que en grupo que se levante en armas para incumplir una orden del servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERÚ

quince años, con la accesoria de inhabilitación. Si para realizar tales actos emplea las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de quince años”.

2.3. Declarar INCONSTITUCIONAL parte del artículo 68 del Decreto Legislativo N.º 1094, en el extremo que incluye la palabra “rebelión” Queda subsistente el mencionado artículo de la siguiente forma: “El militar o el policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la prevista para el delito que se trataba de perpetrar”; e, INTERPRETAR la palabra “sedición” en el único sentido de que ésta busca proteger bienes jurídicos estrictamente castrenses.

2.4. Declarar INCONSTITUCIONAL el enunciado normativo “punzo cortantes o contundente en cantidad” del artículo 3.f del Decreto Legislativo N.º 1095.

2.5. Con los votos de los magistrados Urviola Hani, Ramos Nuñez y Ledesma Narváez a favor de la constitucionalidad y los votos de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera en contra, y de conformidad con segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

Declarar que subsiste el artículo 3.f del Decreto Legislativo N.º 1095 con el siguiente contenido: “Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: CO están mínimamente organizados; (i) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización”.

2.6 Con los votos de los magistrados Urviola Hani, Ramos Nuñez y Ledesma Narváez a favor y los votos de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera en contra, y de conformidad con el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional:

INTERPRETAR los artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1095, en el extremo que se refieren al “grupo hostil”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo 11 adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común respecto de la regulación del “grupo armado”.

2.7. INTERPRETAR los artículos XIV.e y XIV.d del Título Preliminar del Decreto Legislativo NY 1094, referidos a los principios de “defensa y seguridad de la República” y de “subordinación al poder constitucional”, respectivamente, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución y los elementos del delito de función desarrollados en los fundamentos de esta sentencia y en la jurisprudencia de este Tribunal.

LOS BIENES CASTRENSES EN LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS...

2.8. INTERPRETAR la frase “las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas”, establecida en el artículo 27 del Decreto Legislativo N.º 1095, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución, y los elementos del delito de función desarrollados en los fundamentos de esta sentencia y en la jurisprudencia de este Tribunal.

3. Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley N.º 29548.

4. Declarar IMPROCEDENTE la demanda de inconstitucionalidad, por existir cosa juzgada; y, por tal razón, reafirmar como CONSTITUCIONALES los artículos 63 (motín), 64 (negativa a evitar rebelión, sedición o motín), 66 (falsa alarma) y 67 (derrotismo) del Decreto Legislativo N.º 1094, disposiciones e mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico.