

**COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PERUANO SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN
MILITAR Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ORGANIZACIÓN
JUDICIAL CASTRENSE**

ROBERTO CARLOS PEREIRA CHUMBE

SUMARIO: **I.** Introducción **II.** Materias demandadas por la Defensoría del Pueblo. **III.** Cuestiones previas al pronunciamiento sobre el fondo. 1. Interpretación del plazo de prescripción. ¿Retroactividad benigna en el caso de demanda de normas penales? 2. La inconstitucionalidad de normas dictadas bajo la vigencia de una Constitución derogada. Derogación tácita o pronunciamiento expreso sobre el fondo. 3. El control constitucional de los decretos leyes. **IV.** Aspectos sustantivos abordados por el Tribunal Constitucional. 1. El delito de función militar de acuerdo con el art. 173 Const. a. La delimitación del contenido constitucional del delito de función militar. El criterio material o del bien jurídico tutelado. b. El rechazo del criterio formal o de mera tipificación del delito. c. El rechazo del criterio del fuero personal e imposibilidad de los civiles de cometer delitos de función. d. El rechazo de los criterios de ocasionalidad, causalidad y del lugar de comisión del delito. e. La inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 24150. f. Comentarios. 2. Inconstitucionalidad del mantenimiento de la moralidad, el orden y la disciplina por los tribunales castrenses. a. Exposición. b. Comentarios. 3. La inconstitucionalidad de las prácticas homosexuales. a. Exposición. b. Comentarios. 4. Inconstitucionalidad

de la configuración orgánica de la Justicia Militar. a. Principio de unidad de la función jurisdiccional. b. Principio de exclusividad. c. Principio de independencia. d. Principio de imparcialidad. e. La garantía de inamovilidad de los jueces. f. Inconstitucionalidad de la integración de la justicia castrense por militares en actividad. g. Inconstitucionalidad de la subordinación entre los órganos de la justicia castrense. h. La inconstitucionalidad del nombramiento de jueces por el Poder Ejecutivo. i. La inconstitucionalidad del régimen de permanencia en el cargo de los jueces militares. La garantía de inamovilidad. j. La vulneración del derecho de defensa. k. Inconstitucionalidad del denominado Ministerio Público castrense. l. Comentarios. 5. Modulación de los efectos de la sentencia en el tiempo. V. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende comentar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano respecto del contenido constitucional del delito de función militar al que hace referencia el art. 173 Const.; también se propone tratar sobre la constitucionalidad de la configuración orgánica de la justicia militar. Para ello, nos ocuparemos de las sentencias del supremo intérprete de la Constitución recaídas a propósito de las demandas de inconstitucionalidad planteadas contra la ley 24150, modificada por el DLeg 749 (Exp. 0017-2003-AI/TC),¹ así como contra diversas disposiciones del DL 23201 (LOJM), del DL 23214 (CJM), y una disposición de la ley 27860, ley del Ministerio de Defensa, (Exp. 0023-2003-AI/TC).²

Los procesos de inconstitucionalidad fueron promovidos por la Defensoría del Pueblo en el ejercicio de la legitimidad procesal activa que le reconoce el art. 203.3 Const., así como el art. 9.2, de la ley 26520, LODP. En adelante, tendremos que referirnos a los pronunciamientos en ambos procesos

1 Demanda planteada el 16 de septiembre de 2003. Reproducimos la sentencia en el anexo II del presente volumen.

2 Demanda planteada el 10 de diciembre de 2003. El texto de esta demanda puede verse en DEFENSORÍA DEL PUEBLO 2003: 331 y ss.

haciendo referencia a los números de expedientes, dado que el TC no ha disciplinado su producción de sentencias mediante numeración, lo cual dificulta no solo su identificación, sino también su exposición.³

En el caso de la sentencia referida a la ley 24150 (Exp. 0017-2003-AI/TC), nos limitaremos solo al pronunciamiento recaído sobre el art. 10 de dicha ley, toda vez que fue la única norma impugnada teniendo como parámetro de cuestionamiento constitucional el delito de función militar. Ahora bien, en ambos casos, tan solo nos limitaremos a aquellos aspectos que a nuestro juicio resultan relevantes en relación con la materia seleccionada para este número monográfico del *Anuario de Derecho Penal*, y no respecto a cada uno de los temas abordados por el Tribunal Constitucional.

Por lo demás, anunciamos desde el principio nuestra coincidencia esencial con lo resuelto por el TC en ambas sentencias, por lo que nuestras apreciaciones, desde una perspectiva crítica, estarán mas bien centradas en aspectos relacionados con el modo o la manera en que el TC argumentó para sustentar sus fallos y determinar sus efectos ismos. En esa línea, nos ocuparemos tanto de aspectos formales como sustanciales.

Asimismo, consideramos pertinente destacar el importante papel que viene cumpliendo el TC peruano, en la adecuación del ejercicio del *ius puniendi* a las exigencias derivadas del programa penal de la Constitución y las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos. Ello, sobre todo, a partir del restablecimiento del Tribunal Constitucional de la democracia, mediante la reincorporación de tres de sus magistrados el 18 de noviembre de 2000, con lo que se enmendó su arbitraria destitución por el Congreso fujimorista el 30 de mayo de 1997. En ese sentido, nos anima solo la intención de contribuir, por medio de la discusión académica, al fortalecimiento y consolidación del TC y, en definitiva, a la efectiva vigencia del Estado constitucional entre nosotros.

II. MATERIAS DEMANDADAS POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Son básicamente tres grupos de problemas los sometidos por la Defensoría del Pueblo al control de constitucionalidad por el TC:

3 El artículo 118 CPC, ley 28237, en vigencia desde el 1 de diciembre de 2004, está destinado a superar este asunto. De acuerdo con esta norma, el TC debe enumerar sus sentencias en forma correlativa y con señalamiento del año correspondiente.

- a) La inconstitucionalidad de los criterios utilizados para dotar de contenido al delito de función militar al que alude el art. 173 Const. Con este propósito, se impugnó el art. 10 de la ley 24150 (Exp. 0017-2003-AI/TC) que radicaba la competencia de la justicia castrense a partir de la combinación de los criterios del *lugar de la comisión del delito y fuero personal* (miembro de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional que se encuentre prestando servicios en zonas declaradas en estado de excepción). También el art. II del título preliminar de la LOJM, que establecía como finalidad de los tribunales militares la protección de la *moralidad*, el *orden* y la *disciplina*, así como el art. 269 del CJM, que penalizaba las prácticas homosexuales entre militares, incluso si se verificaban fuera del recinto militar.
- b) La inconstitucionalidad de la configuración orgánica de la justicia castrense. Esto se demandó por medio de tres bloques de cuestionamiento: i) La afectación de la *garantía de independencia* como expresión del principio de unidad jurisdiccional. Se cuestionaron diversas normas que establecían la dependencia de la justicia castrense del Poder Ejecutivo, su sometimiento al régimen jurídico militar (dependencia del poder de mando y jerarquía militar), la dependencia entre órganos jurisdiccionales, así como la dependencia y jerarquía entre los magistrados; ii) el menoscabo de las garantías de *exclusividad e inamovilidad* en la función jurisdiccional; y iii) la inconstitucionalidad del denominado *Ministerio Público Militar*. Este, regulado en la LOJM y en el CJM, no correspondía con el definido en la Constitución, dado que carecía de independencia y autonomía; formaba parte de los tribunales militares y no tenían el monopolio del ejercicio de la acción penal.
- c) La vulneración de un conjunto de derechos fundamentales como consecuencia del modelo orgánico de justicia militar: la dignidad de la persona (art. 1 Const.), el acceso a jueces imparciales e independientes (art. 139.3 Const.), el derecho de defensa (art. 139.14 Const.) y, asimismo, el derecho a la igualdad (art. 2.2 Const.).

III. CUESTIONES PREVIAS AL PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO

En las dos sentencias que comentamos, el TC se pronunció sobre algunas cuestiones previas a su decisión sobre los aspectos de fondo, las que ya había tratado en su sentencia sobre la legislación antiterrorista (Exp. 010-2002-AI/

TC).⁴ Estas sentencias son de especial relevancia tanto para el control de constitucionalidad de las leyes en general como para el control constitucional de normas penales.

1. Interpretación del plazo de prescripción. ¿Retroactividad benigna en el caso de demanda de normas penales?

La primera de estas cuestiones está relacionada con el criterio del TC sobre la interpretación del plazo de prescripción para plantear demandas de inconstitucionalidad. El DL 23201 (LOJM) y el DL 23214 (CJM) entraron en vigencia en julio de 1980, mientras que la ley 24150, en julio de 1985. Respecto a los dos primeros, se demandó la inconstitucionalidad luego de transcurridos 23 años de vigencia; en cuanto a esta última, luego de 18 años.

Los demandados cuestionaron la admisión de las demandas argumentando el vencimiento del plazo de prescripción. Este fue establecido inicialmente en seis años contados desde la publicación de la norma impugnada o desde la fecha de constitución del TC (24 de junio de 1996), de acuerdo con el primigenio art. 26 y con la tercera disposición transitoria de la entonces vigente ley 26435, (LOTIC)⁵ respectivamente. Sin embargo, este plazo fue reducido a seis meses por la ley 26618, publicada el 8 de junio de 1996. Según el sentido literal de esta ley, el plazo de prescripción para interponer demandas de inconstitucionalidad contra normas que entraron en vigencia antes del 24 de junio de 1996 —como era el caso de las normas impugnadas por la DP— venció el 25 de diciembre de ese año.

El TC desechó esta interpretación por la que se rechazan los argumentos de los demandados (Exp. 0017-2003-AI/TC, § 1, 1), y desestimó la excepción de prescripción deducida en el caso (Exp. 0023-2003-AI/TC, §1, 1). Por el contrario, el TC consideró que el parámetro desde el cual se debía interpretar el plazo de prescripción era la ley 27780 (publicada el 12 de julio de 2002), que restauró el plazo de prescripción inicial de seis años. En los correspondientes autos de admisión de las demandas, el TC señaló que este era el plazo de prescripción aplicable a todas aquellas normas anteriores

4 Publicada en el diario oficial el 4 de enero de 2004.

5 Esta norma fue derogada por la ley 28301, que entró en vigencia el 1 de diciembre de 2004.

a su constitución, realizada, como ya se mencionó, el 24 de junio de 1996. Además, como complemento, ratificó su criterio de que había que descontar del plazo de seis años el tiempo transcurrido entre el 30 de mayo de 1997 y el 18 de noviembre de 2000 (tres años, cinco meses y diecinueve días), durante el cual el TC no había podido conocer de demandas de inconstitucionalidad debido a la destitución de tres de sus magistrados.

De acuerdo con estos criterios, para el TC, a la fecha de interposición de las correspondientes demandas, el plazo de prescripción para plantear la inconstitucionalidad de normas anteriores a su constitución aún no se encontraba vencido. En el auto de admisión de una demanda de inconstitucionalidad (Exp. 0053-2004-AI/TC), también planteada por la Defensoría del Pueblo contra normas tributarias municipales, el TC estableció que dicho plazo debía entenderse cumplido el 14 de diciembre de 2005.

El TC, sin embargo, omitió fundamentar su posición, pues no desarrolló sus razones para no reconocer a la ley 26618 efectos de prescripción sobre las normas demandadas. Así, no sabemos si el TC le negó validez absoluta a dicha norma sobre la base de la tesis de la nulidad de las leyes y en esa medida negándole el reconocimiento de todo efecto jurídico, o si, más bien, consideró que, siendo válida, podía ser desplazada en su aplicación a determinados casos luego de un juicio de ponderación entre la seguridad jurídica que subyace a la prescripción y los bienes constitucionales involucrados en las demandas de inconstitucionalidad.

De los pronunciamientos tampoco es posible determinar si para el TC la aplicación de la ley 27780, en estos casos se sustenta en la autorización de retroactividad benigna en materia penal establecida en el art. 103 Const. —dado que se trataba de demandas de inconstitucionalidad contra leyes que regulaban dicha materia— o si, por el contrario, el TC considera que ello no configura un supuesto de aplicación retroactiva sino una interpretación conforme a la teoría de la aplicación inmediata de las normas en el tiempo. Se plantea, asimismo, la duda acerca de qué sucedería en las hipótesis de que luego del 14 de diciembre de 2005 el Congreso decidiera ampliar el plazo de prescripción a siete o más años. ¿Se aplicaría o no el nuevo plazo a aquellas normas respecto de las que ya se verificó la prescripción para demandar su inconstitucionalidad de acuerdo al plazo de seis años?

Sin duda, no son asuntos menores los que deja sin respuesta el TC cuando no fundamenta su criterio referente al plazo de prescripción aplicable. Admitimos que en algunos casos concretos —siempre de manera condicionada y a

partir del juicio de ponderación— resulta posible relativizar el cumplimiento de formalidades como requisitos y plazos, a efectos de garantizar la vigencia de derechos fundamentales. Sin embargo, es del caso señalar también que esto debe hacerse necesariamente dentro de los márgenes de interpretación constitucional posibles, así como cumpliendo con la exigencia de adecuada motivación. Esto es más exigible aún en el caso del TC, dada su posición institucional de supremo intérprete de la Constitución en nuestro ordenamiento, cuyas decisiones vinculan como regla general a todos los poderes públicos y privados.

2. La inconstitucionalidad de normas dictadas bajo la vigencia de una Constitución derogada. Derogación tácita o pronunciamiento expreso sobre el fondo

Al igual que en su sentencia contra la legislación antiterrorista (Exp. 010-2002-AI/TC), el TC se pronunció en su sentencia (Exp. 0017-2003-AI/TC, § 1, párrafo 1) sobre la procedencia de demandas de inconstitucionalidad contra normas que, como las impugnadas en ambos procesos, aunque fueron dictadas durante la vigencia de una Constitución derogada (la de 1979) permanecen vigentes en el marco de una nueva Constitución (la de 1993). El Tribunal considera con acierto que el parámetro de control constitucional que se debe tener en cuenta debe ser el de la nueva Carta Fundamental.

Ahora bien, en estos supuestos de sucesión de normas constitucionales en el tiempo se puede presentar el supuesto de derogación tácita de las leyes por resultar contrarias a la nueva Constitución. Recogiendo el criterio establecido en su sentencia (Exp. 0010-2001-AI/TC), el TC señaló en su fallo (Exp. 0017-2003-AI/TC, § 1, párrafo 2) que sin perjuicio de que opere el principio *lex posterior derogat priori*, como consecuencia de los efectos derogatorios que tiene toda constitución normativa, era competente para pronunciarse sobre la validez sustancial de dicha normas. Esta solución resulta de especial importancia en contextos de cultura judicial como el peruano, donde los jueces —sobre todo los de la magistratura penal— no se consideran como jueces de la Constitución sino simplemente como *boca de la ley*. Al aplicar normas penales manifiestamente inconstitucionales sin mayor reparo y cuestionamiento, olvidan que de acuerdo con el art. 138 Const. el control difuso de constitucionalidad no es solo una prerrogativa sino una obligación derivada de las exigencias de nuestro modelo de Estado, donde la Constitución no solo tiene supremacía política, sino también

jurídica, hecho que la convierte en una verdadera norma jurídica directamente aplicable.

Es del caso destacar, igualmente, que en su sentencia (Exp. 005-2001-AI/TC, § 1) sobre los decretos legislativos denominados *de seguridad nacional*, el TC admite incluso la posibilidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas derogadas, pues considera que una declaratoria de inconstitucionalidad respecto de ellas puede variar los efectos que en el tiempo puedan desplegar. Este criterio se ha verificado también en la demanda de inconstitucionalidad planteada por 31 congresistas (Exp. 0019-05-PI/TC) contra la ley 28568, del 3 de julio de 2005, que modificó el art. 47 del Código Penal equiparando un día de detención domiciliaria con un día de prisión efectiva, a efectos del cómputo del cumplimiento de la pena impuesta.

Si bien la demanda fue presentada el 8 de julio de 2005, la norma impugnada fue derogada al día siguiente por la ley 28577. Sin embargo, el TC dictó sentencia⁶ en la que declaró fundada la demanda e inconstitucional la disposición de la norma demandada que permitía que se abone el tiempo de arresto domiciliario al cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto. Este fallo plantea una serie de temas del máximo interés sobre sus efectos en el tiempo en relación con la materia penal, temas que no es el caso abordar en este trabajo.

3. El control constitucional de los decretos leyes

La LOJM y el CJM son decretos leyes, es decir, formas jurídicas que en nuestra tradición institucional son dictadas por los gobiernos de facto. Se trata de normas dictadas en el mes de julio de 1980, días antes de que el entonces gobierno militar dejara el poder luego de 11 años de dictadura. El origen y naturaleza de estas normas plantean dos tipos de problemas, una vez restablecido el Estado de derecho: a) el reconocimiento de su vigencia y validez; y b) la posibilidad o no de someterlas al control de constitucionalidad.

En el primer caso, se discute si el régimen democrático restablecido debe o no reconocer efectos jurídicos a normas dictadas bajo un régimen de facto.

6 La sentencia fue publicada en el diario oficial el 22 de julio de 2005.

El TC, en su sentencia sobre la legislación antiterrorista (Exp. 0010-2002-AI/TC, § IV, 4.1), luego de exponer brevemente las teorías que al respecto se han elaborado, optó decididamente por la teoría de la continuidad.⁷ Esta reconoce plenos efectos a los decretos leyes luego de restablecido el Estado de derecho, hasta que el Congreso los derogue, modifique o sustituya. El TC se inclina por esta opción, fundamentalmente por consideraciones de seguridad jurídica, ya que de desconocerles todo efecto normativo, una serie de actos, derechos, prerrogativas, cargas públicas, facultades, entre otras consecuencias generadas por estas normas, quedarían sin respaldo jurídico alguno y se generaría inestabilidad.

En el segundo caso, el inconveniente se plantea por el hecho de que los decretos leyes no tienen reconocimiento constitucional expreso y, por ende, no se encuentran previstos entre las normas impugnables por medio del proceso de inconstitucionalidad ante el TC. El art. 298.1 Const. (1979) no los preveía, como tampoco lo hace el art. 200.4 Const. (1993), referente a las normas cuya inconstitucionalidad puede demandarse ante el TC. Sin embargo, tanto en su sentencia (Exp. 007-96-I/TC) como en la dictada en la demanda contra el DL 25967 (Exp. 010-2002-AI/TC, § IV, 4.2), el TC estableció que era competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los decretos leyes dado que les reconoce jerarquía de ley, a la vez que agregó que la relación de normas del art. 200.4 Const. (1993) es meramente enunciativa.

Ciertamente, la consideración del art. 200.4 Const. (1993) como lista enunciativa para admitir la posibilidad del control de constitucionalidad de los decretos leyes por medio de la demanda de inconstitucionalidad es la lógica consecuencia de haber optado por la teoría de la continuidad. De lo contrario,

7 Además de esta teoría, el TC se refiere a la teoría de la caducidad, que niega todo efecto jurídico a los decretos leyes luego de restablecido el Estado de derecho. El TC la rechaza apelando a nuestra historia institucional, en la que solo se recurrió a ella una sola vez por medio de la ley del 20 de diciembre de 1895, que declaró inexistentes las leyes aprobadas en el periodo 1894-1895. A su turno, el TC se refiere a la teoría de la revisión, según la cual los decretos leyes deben ser examinados por el Congreso de la República, quien decidirá o no su mantenimiento en el sistema. NINO (1983: 935y ss.) identifica, sin embargo, dos teorías adicionales: a) teoría de la continuidad relativa o condicionada, llamada así puesto que excluye de la continuidad algunos decretos leyes por consideraciones especiales; b) la teoría de la continuidad disminuida, llamada así porque admite la continuidad de los decretos leyes, aunque no como leyes en sentido formal sino como decretos del Poder Ejecutivo.

estas normas con jerarquía o rango de ley solo podrían ser sometidas al control del Congreso —que es esencialmente político— o al control difuso de constitucionalidad —que solo se limita a la inaplicación de la norma al caso concreto—, a diferencia de las demás normas con rango de ley que adicionalmente se encuentran sujetas al control del TC. En consecuencia, no admitir que se pueda demandar su inconstitucionalidad implicaría reconocerles un privilegio injustificado en nuestro vigente sistema de control constitucional de las leyes y normas con rango de ley.

Siguiendo ambos criterios, el TC, en su resolución del 12 de diciembre de 2003 (Exp. 0023-2003-AI/TC), decidió admitir la demanda contra diversas normas del DL 23201 (LOJM), así como del DL 23214 (CJM).

IV. ASPECTOS SUSTANTIVOS ABORDADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El delito de función militar de acuerdo con el art. 173 Const.

A. La delimitación del contenido constitucional del delito de función militar. El criterio material o del bien jurídico tutelado

A nuestro juicio, el TC aborda la delimitación del delito de función militar⁸ con una técnica expositiva deficiente. Así, a partir de la fórmula bastante genérica de delito de función del art. 173 Const., señala los criterios que no resultan admisibles para definirla (Exp. 0017-2003-AI/TC, § 5, 5.5, párrafos 128-131), para luego establecer los elementos que la dotan de contenido de acuerdo con una interpretación conforme con la Constitución (Exp. 0017-2003-AI/TC, § 5, 5.5, párrafos 132-134). Consideramos que era preferible hacer lo contrario, esto es, definir, en primer lugar, el contenido del delito de función militar conforme a la Constitución y, en segundo lugar, rechazar en consecuencia los criterios contrarios a dicho concepto; finalmente, lo que seguía era pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de

8 El TC ya había tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, aunque en casos concretos en procesos de hábeas corpus. Cfr. especialmente en los casos Villalba Zapata (Exp. 585-96-HC/TC), Huamaní Tipismana (Exp. 1154-2002-HC/TC) y Modenesi Montani (Exp. 757-99-HC/TC). Las sentencias del Tribunal Constitucional pueden consultarse en <<http://www.tc.gob.pe>>.

las normas demandadas teniendo como parámetro dicho concepto. Este será, por tanto, el orden de nuestra exposición.

Aunque con una redacción algo confusa e imprecisa (por ejemplo, se refiere al bien jurídico protegido como «privativo de la institución a la que pertenece el imputado» y también como «interés institucionalmente vital», como se puede apreciar en el párrafo 133), y en ocasiones innecesariamente redundante (por ejemplo, sobre la condición de militar en actividad del sujeto activo, párrafos 129, 134.A, 134.B), el TC define el delito de función militar incidiendo fundamentalmente en el criterio material o del bien jurídico protegido. Así, considera que lo que define la naturaleza de este tipo de delitos es el «interés institucionalmente vital» que se ve afectado por la conducta de un militar o policía en actividad (párrafo 133). Debe tratarse de un bien «sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales»

El TC complementa esta definición estableciendo que el delito de función se estructura sobre la base de los siguientes elementos:

- i) Se debe tratar de un sujeto activo militar o policía en actividad. Por ende, solo es posible el juzgamiento de militares en retiro por la comisión de delitos de función si los hechos imputados se verificaron cuando se encontraba en actividad.
- ii) Este sujeto activo calificado debe infringir un deber especial u obligación propia de su función.
- iii) La infracción de este deber especial debe afectar bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, bienes que deben relacionarse con los fines constitucionales y legales que se les ha encomendado. Se debe tratar de un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales castrenses.
- iv) Que la conducta se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar.
- v) Que el delito se haya cometido en acto de servicio, es decir, con ocasión de este.
- vi) Que la infracción revista una entidad tal que justifique una sanción penal.

B. El rechazo del criterio formal o de mera tipificación del delito

Como ya vimos, el TC señala como uno de los elementos que componen la definición del delito de función el que estos se encuentren previstos o,

dicho de manera más técnica, tipificados en el Código de Justicia Militar. Sin embargo, a renglón seguido se cuida de aclarar de manera enfática que «[...] no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de “función” o “militar” [sic]» (párrafo 134.A). En efecto, además de ello se tienen que verificar las siguientes condiciones: i) infracción del deber militar o policial; ii) lesión del bien jurídico institucional; y iii) gravedad que justifique el recurso a la pena.

C. El rechazo del criterio del fuero personal e imposibilidad de los civiles de cometer delitos de función

En esta línea de argumentación, el TC rechaza el criterio del fuero personal como definitoria del delito de función indicando que no es la condición de militar o de policía la que define la competencia material de la justicia castrense, sino la lesión de los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y o de la Policía Nacional. Siendo esto así, si el delito cometido por un militar o un policía es de naturaleza común, la competencia de su juzgamiento corresponde a la justicia común. De este modo, se trata de un «fuero privativo» por la materia o causa, antes que un «fuero personal» (párrafo 129).

El TC descarta, asimismo, que el delito de función pueda ser caracterizado a partir de la condición de militar o policía del sujeto pasivo del delito, incluso si esta condición se verifica en las correspondientes instituciones. Ejemplifica esto último recurriendo a la prohibición constitucional del juzgamiento de civiles por la justicia castrense, incluso si lesionan bienes jurídicos institucionales militares o policiales. Recuerda, al mismo tiempo, que en su sentencia (Exp. 0010-2001-AI/TC) estableció que dicha prohibición opera incluso en el caso de que civiles cometan delitos de traición a la patria o terrorismo, ya que la segunda parte del art. 173 Const. solo autoriza que en estos casos se apliquen tan solo disposiciones del CJM en el juzgamiento ante la justicia común (Exp. 0017-2003-AI/TC, § 5, 5.5, párrafo 130).

D. El rechazo de los criterios de ocasionalidad, causalidad y del lugar de comisión del delito

El TC también considera incompatible con el concepto constitucional del delito de función que este se defina a partir de los criterios de ocasionalidad (cometido con ocasión del acto del servicio), causalidad (cometido a causa, como consecuencia del acto de servicio) o del lugar donde se cometa el hecho. Así, el TC (párrafo 131) razonó indicando que

Finalmente, al haberse delimitado que el ámbito competencial de la jurisdicción militar es específicamente la comisión de un delito de función, la Norma Suprema también ha prohibido que en esa determinación de la competencia un elemento decisivo pueda estar constituido por el lugar en que se cometa el delito. Por ende, «[...] No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como tales [...]» (Germán Bidart Campos. «El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina». En José Palomino Manchego y José Carlos Remotti. *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Grijley, 1997).

E. La inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 24150

El art. 173 Const. establece que la competencia material de la justicia castrense está definida por la comisión de un delito de función. Teniendo en cuenta este parámetro, la DP demandó la inconstitucionalidad de los dos primeros párrafos del art. 10 de la ley 24150 (Exp. 0017-2003-AI/TC). Según este artículo:

Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción quedan sujetos a la aplicación del mencionado código. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que comentan [sin duda se quiso decir *cometan*] en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio. Las contiendas de competencia serán resueltas en un plazo máximo de treinta días.

La DP señaló que esta norma establecía la competencia de la justicia castrense a partir de la combinación de los criterios de fuero personal con el del lugar de la comisión del delito. De este modo, sostuvo que la justicia castrense podría asumir competencia sobre delitos que en estricto atentan contra bienes jurídicos personales como la vida o la integridad física y no solo que lesionen bienes jurídicos institucionales como corresponde de acuerdo al artículo constitucional citado.

El TC se pronunció sobre el primer párrafo demandado identificando dos posibles sentidos interpretativos para él: i) los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional están sujetos a la aplicación del Código de Justicia Militar; ii) también están sujetos a la aplicación de CJM —y, por ende, a la competencia de la justicia castrense— los sujetos mencionados que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción (párrafo 136). El TC señaló que ambos sentidos interpretativos resultaban manifiestamente inconstitucionales. El primero, porque definía el

delito de función y, por tanto, radicaba la competencia de la justicia castrense en el criterio del fuero personal (*ratione personae*). El segundo, porque condicionaba la aplicación del CJM, y en esa medida habilitaba la competencia de la Justicia Militar en atención al lugar de la comisión del delito (*ratione loci*). En esa medida, el TC concluía que al ser incompatibles ambos criterios con el art. 137 Const., dicho primer párrafo resulta inconstitucional (párrafo 137). Sin embargo, no concluyó del mismo modo con relación al segundo párrafo del artículo impugnado, dado que *prima facie* no considera inconstitucional que, como regla general, se establezca que la justicia castrense es competente para conocer los delitos tipificados en el CJM, salvo que estos no tengan vinculación con el servicio (párrafo 139).

En esa medida, el TC estima parcialmente la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 24150 en su fallo: declara inconstitucional su primer párrafo y deja a salvo el segundo y tercer párrafos.

F. Comentarios

Aunque con algunas observaciones que serán expuestas más adelante, coincidimos en lo esencial con la manera en que el TC define el delito de función militar al que hace referencia el art. 173 Const. Sin embargo, esta norma constitucional solo se refiere al delito de función sin dar mayores alcances sobre su contenido, de manera tal que resulta indispensable conectarla con otras normas o principios constitucionales para advertir de qué manera o cómo se obtiene el contenido constitucionalmente conforme o adecuado de este concepto, así como los elementos que conforman el mencionado delito.

Todo acto de control constitucional implica necesariamente dos tipos o niveles de interpretación: i) la interpretación de la Constitución como parámetro de control; y ii) la interpretación de la disposición legal impugnada, en tanto objeto de dicho control.⁹ Ello requiere, ciertamente, explicitar las normas y principios constitucionales, así como el razonamiento que se haga a partir de estos a efectos de construir el referido parámetro, es decir, se requiere expresar el contenido constitucional.¹⁰ A su turno, tales normas y sus sentidos interpretativos deben ser sometidos a un proceso de verificación de compatibilidad o de encuadre en el marco de valor establecido por

9 DÍAZ REVORIO 2003: 54.

10 HESSE 1992: 34.

medio del proceso anterior. Solo de este modo es posible, en estricto, concluir sobre la compatibilidad constitucional de las normas.

Ahora bien, el primer nivel interpretativo de determinación o construcción del contenido constitucional que constituye el parámetro de control, sobre todo, no se encuentra plasmado de manera expresa en el caso del pronunciamiento del TC respecto al delito de función regulado en el art. 173 Const. En efecto, como vimos, el TC se limita a citar esta norma y la expresión «delito de función», y seguidamente pasa a invalidar los criterios que tradicionalmente se han utilizado para definir este concepto y, por tanto, de la competencia de la justicia castrense (fuero personal, formal o de mera tipificación, del lugar de comisión del delito, ocasionalidad y causalidad). Luego pasa a definir el delito de función militar identificando sus elementos. Solo se hace una mera referencia —por ende, insuficiente desde las exigencias de interpretación señaladas— a que el bien jurídico protegido debe estar relacionado con el cumplimiento de los fines constitucionales asignados a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Sin embargo, no se aprecia respecto a qué normas y principios constitucionales (contenido constitucional) resultan inválidos dichos criterios y se deducen tales elementos del delito de función militar. Por ejemplo, no se señalan las relaciones que existen entre el principio de igualdad (art. 2.2 Const.) y el rechazo de todo «fuero» y, más aún, de uno personal, o entre el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos —derivado de la fórmula de Estado constitucional— y los deberes primordiales de protección que tiene en la necesidad de referir la naturaleza del delito de función a la protección de determinados bienes jurídicos y no solo al lugar de su comisión o a la ocasión en la que se comete.

Tampoco se señala nada sobre la forma o los criterios que se debe tener en cuenta para deducir los bienes jurídicos institucionales merecedores de tutela penal de las funciones constitucionales asignadas —de manera amplia— a las Fuerzas Armadas (art. 165 Const.). Solo se señala que su afectación debe tener la gravedad suficiente para justificar el recurso al derecho penal, criterio de merecimiento que, por cierto, no es exclusivo de los delitos de función, sino de aplicación general a todo acto de conminación penal.

A su turno, advertimos que el TC incurre en cierta confusión cuando de un lado rechaza expresamente los criterios de ocasionalidad y causalidad como definatorios del delito de función (párrafo 131) y, sin embargo, incluye

como uno de los componentes de la definición del delito de función, el hecho de que este haya sido cometido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él (párrafo 133.C). Esto último podría dar motivo a que se siga insistiendo en el sector castrense en la validez de los mencionados criterios como relevantes para determinar la naturaleza del delito de función militar y, en consecuencia, para exigir la competencia de la justicia castrense en estos casos.

A nuestro juicio, el TC no necesitaba mencionar estos criterios de *ocasionalidad* o *causalidad* para destacar que la conducta debía realizarse necesariamente en el ámbito del desempeño funcional del agente, toda vez que esto ya se encontraba presupuesto lógicamente cuando exigió que el militar o policía hayan infringido el deber que les correspondía en cuanto tales; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional (párrafo 133.A. i). En efecto, tan solo le bastaba agregar o señalar de manera expresa en dicho párrafo que los delitos de función militar constituyen, en estricto, delitos que consisten en la infracción de deber, tal como lo señaló acertadamente la sala penal permanente de la Corte Suprema en el asunto Indalecio Pomatanta (Competencia 18-2004),¹¹ precisamente tomando como fuente el pronunciamiento del TC bajo comentario.

Así, esta sala suprema señaló que en el caso del delito de función militar

[...] se trata de un delito de infracción del deber, en tanto que en este ilícito, por exigencia constitucional, el autor sólo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho Penal —concretamente en el Derecho administrativo— y que se muestra a través del tipo penal, vale decir, sólo puede ser cometido por quien ostenta una posición de deber determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial [...].

Resulta evidente, pues, lo innecesario de la señalada referencia a los criterios de ocasionalidad y causalidad.

Otro aspecto sobre el que nos parece necesario llamar la atención tiene que ver con los alcances de la referencia que hace el TC a la necesidad de que los delitos de función se encuentren tipificados en un código de justicia militar (párrafo 130, 134.A, 139). Hay que tener en cuenta que también el

11 Sentencia publicada en el diario oficial el 23 de noviembre de 2004.

art. 173 Const. hace referencia al Código de Justicia Militar. A partir de estas referencias del TC, como de la mencionada norma constitucional, algunos sostienen la tesis de que, por mandato constitucional confirmado por el TC, los delitos de función deben necesariamente estar tipificados en un cuerpo normativo autónomo denominado «código de justicia militar». Siguiendo este criterio se insiste también en la incorporación en dicho código de una parte general distinta a la del Código Penal común.

Discrepamos de esta interpretación no solo por adherirse a aquellas posiciones que han sustentado solventemente lo innecesario de contar con una parte general¹² y especial¹³ propias para los delitos militares, sino, sobre todo, por consideraciones constitucionales. En efecto, no encontramos razón alguna para que de la mera referencia constitucional y del TC a la existencia del CJM se deduzca necesariamente la existencia de una suerte de mandato de tipificación de los delitos de función en un cuerpo normativo autónomo denominado «código de justicia militar». Dicha referencia se explica solo por razones históricas, ya que el Poder Constituyente siempre reguló la materia castrense —atendiendo a lo que existía en dicho ámbito— debido a la primacía del estamento militar en nuestra tradición institucional.

En esa medida, se trata de una norma constitucional de mera denominación o referencia —característica que también comparte el pronunciamiento del TC— antes que de un verdadero mandato constitucional. La decisión de codificar o no una materia es una decisión de política y técnica legislativas que le corresponde precisamente al legislador y no al constituyente. Nos parece un acto de *maximalismo imperativista* de la Constitución interpretar que de una mera referencia es posible deducir una suerte de reserva constitucional de codificación.

Por lo demás, ya existe un antecedente en el que el legislador ha desechado la tesis del *maximalismo imperativista*, precisamente respecto a una materia regulada en el propio art. 173 Const. En efecto, en el último párrafo de esta norma se señala que quienes infringen el servicio militar obligatorio se encuentran sometidos al CJM. Sin embargo, el legislador interpretó dicha norma como referencia a lo que existía al momento de la labor constituyente y no como un mandato constitucional según el cual dicho servicio

12 MEINI 2001-2002: 239.

13 HURTADO POZO 2005: 358 y ss.

militar debe ser obligatorio. En esa línea, aprobó la ley 27178,¹⁴ que derogó el modelo obligatorio del servicio militar y estableció uno voluntario.

En este sentido, consideramos que una interpretación válida del art. 173 Const. —como de los pronunciamientos del TC— es que con la referencia al Código de Justicia Militar no solo se da cuenta del cuerpo normativo existente (mera denominación), sino fundamentalmente se alude a la exigencia del principio de legalidad penal en el ámbito de los delitos de función. Por ende, no existiría impedimento constitucional alguno para que la parte general del Código Penal común se aplique también al ámbito penal castrense, y los delitos de función militar se incorporen a la parte especial de aquel en un acápite de los delitos cometidos por funcionarios públicos. Esto, ciertamente, sin dejar de incorporar las especialidades que se deban tener en cuenta, especialidades que de ningún modo justifican una regulación autónoma.

Otro aspecto que plantea situaciones problemáticas —sobre todo en relación con la futura legislación penal militar— tiene que ver con la interpretación literal que hace el TC del art. 173 Const., en relación con la prohibición de aplicar el CJM —entiéndase legislación penal militar o delitos de función militar de acuerdo con la interpretación antes desarrollada— a civiles y, por tanto, la imposibilidad también de juzgarlos por medio de la justicia castrense. El TC ha reforzado esta posición señalando que incluso cuando dicha norma constitucional autoriza la aplicación del CJM a civiles en el caso de los delitos de traición a la patria y terrorismo, esto debe entenderse en el sentido de que solo es posible aplicar reglas de procedimiento del CJM, pero nunca debe entenderse como que autoriza su juzgamiento por un órgano de la justicia castrense (Exp. 010-2002-AI/TC, § 10, párrafo 106; así como Exp. 0017-2003-AI/TC, § 5, 5.5, párrafo 130).

Ello trae serias dificultades que el TC parece no haber advertido. Desde una perspectiva dogmática penal, si bien no es posible imputar a título de autor un delito consistente en la infracción de un deber a un sujeto que no ostenta la posición funcional que fundamenta o de la que se deriva dicho deber (*extraneus*), sí es posible admitir su sanción por tal delito a título de partícipe.¹⁵ De este modo, a un civil es posible imputarle la comisión de un delito de función a título de instigador o cómplice, posibilidad que, sin embargo,

14 Publicada en el diario oficial el 29 de septiembre de 1999.

15 SUÁREZ 2001: 155, 165. En el mismo sentido, cfr. REAÑO 2002: 276 y ss.

a primera vista parecería encontrarse vedada por la prohibición constitucional antes señalada.

Un ejemplo nos ayudará a presentar mejor las consecuencias de esto. Supongamos que un delito de función es cometido por un militar, instigado o en complicidad con un civil. Respetando la referida prohibición, el civil no podría ser sancionado sobre la base de dicho tipo penal, ni tampoco procesado por los órganos de juzgamiento castrense. De manera que quedan dos opciones: o la conducta del civil quedaría impune o se remite a la justicia común para su juzgamiento sobre la base de un tipo penal común correspondiente al delito de función. En caso de no existir un tipo penal equivalente, también tendríamos que concluir en la impunidad. Resultan obvios los problemas procesales que ello supondría, sin dejar de lado la discusión sobre si el civil debe ser imputado a título de autor o partícipe por el delito común equivalente. Resultaría más absurda aún una situación de esta naturaleza si el legislador decidiese atribuir competencia para juzgar delitos de función a los órganos de la justicia común, así como si regulara los delitos de función en el Código Penal común. Ciertamente, en este caso el TC no calculó los efectos problemáticos que su interpretación de la Constitución tendrá sobre la futura legislación penal militar.

2. Inconstitucionalidad del mantenimiento de la moralidad, el orden y la disciplina por los tribunales castrenses

a. Exposición

Acogiendo los argumentos de la DP, el TC se pronunció por la inconstitucionalidad del primer párrafo del art. II del título preliminar de la LOJM, norma que encargaba a los tribunales de justicia militar el mantenimiento de la moralidad, el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y la represión de el quebrantamiento de alguno de estos valores en los casos previstos por la ley. El TC parte de considerar que, de acuerdo con la Constitución, los fines de los tribunales castrenses están orientados al juzgamiento de los delitos de función. Por ende, no puede encargárseles el mantenimiento de la moralidad, el orden y la disciplina castrenses debido a que ello no corresponde a la justicia castrense, sino a la administración militar (Exp. 0023-2003-AI/TC, § 8, párrafos 81-82).

El TC se encargó de aclarar que tal afirmación no significa que no reconozca que tales principios o fines resultan importantes para la institucionalidad

castrense, sino simplemente que su preservación debe ser confiada a la administración militar, que debe establecer procedimientos e instancias para dichos fines (Exp. 0023-2003-AI/TC, § 8, párrafo 82). Asimismo, el TC señaló que ello tampoco significaba que no reconociera que en algunos supuestos, al juzgar y sancionar delitos de función la justicia castrense contribuía con el mantenimiento de los aludidos principios, aunque siempre de manera indirecta y no con referencia a nociones genéricas de tales principios sino a que se concreten en tipos penales determinados.

b. Comentarios

A nuestro juicio, además de lo señalado por el TC, lo que se deriva de esta declaración de inconstitucionalidad es el rechazo de la concepción de la justicia castrense como una extensión del poder de mando militar, así como la posibilidad de tipificar como delito de función meras infracciones disciplinarias, tal como sucede con el actual CJM. De este modo, se abona en el sentido de que la justicia castrense no puede ser instrumentalizada como un mecanismo destinado a moralizar, disciplinar y ordenar a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Ello impide, pues que la justicia militar actúe teniendo como parámetro las valoraciones propias de la administración militar, y no aquellas que se derivan o cuentan con respaldo constitucional a partir de las funciones que la Carta Magna asigna a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

3. La inconstitucionalidad de las prácticas homosexuales

a. Exposición

El art. 269 del CJM establecía que:

El militar que practicare actos deshonestos o contra natura con personas del mismo sexo, dentro o fuera de lugar militar, será reprimido con expulsión de los Institutos Armados, si fuese Oficial y con prisión si fuese individuo de tropa.

Si se ejerciere violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción para perpetrar el delito será reprimido, además, si fuese Oficial, con pena de prisión, aplicándose la pena de expulsión como accesoria. En los individuos de tropa se tendrá esta circunstancia como atenuante.

La DP demandó la inconstitucionalidad de esta norma argumentando que vulneraba el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así

como el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación. Sin embargo, al valorar la impugnación de la constitucionalidad de esta norma el TC optó por un camino distinto, y se pronunció por su inconstitucionalidad bajo los siguientes argumentos (Exp. 023-2003-AI/TC, § 9, párrafos 85-87):

- i) El segundo párrafo de la norma impugnada resulta contrario a la Constitución, dado que no se trata de un delito de función militar tal como ordena el art. 173 Const. sino de un delito que protege la libertad sexual.
- ii) Del mismo modo, resulta inconstitucional que se haya confiado a la justicia castrense, que conoce delitos de función, el juzgamiento y sanción de actos deshonestos y contra natura, que corresponden a la administración militar.
- iii) Vulnera el principio de igualdad el hecho de que solo se califique como antijurídica —sea como delito o infracción disciplinaria— la práctica de actos deshonestos contra una persona del mismo sexo y contra una persona de sexo diferente.
- iv) La sanción como delito de un acto deshonesto, además de no tratarse de un delito de función, vulnera el principio de proporcionalidad y el de legalidad, toda vez que la expresión «acto deshonesto» no precisa la conducta típica.
- v) Es inconstitucional la sanción de prisión por un acto deshonesto cometido por un miembro de tropa, dado que por una conducta que no constituye delito se está restringiendo la libertad personal.
- vi) A su turno, es inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad sancionar la realización de actos sexuales contra natura cometidos en recinto militar y no haber previsto como falta disciplinaria la realización, en general, de todo acto o relación sexual en sede militar no destinada a tales fines.

b. Comentarios

Sin bien coincidimos con la declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión, no podemos afirmar lo mismo respecto al razonamiento que condujo al TC a dicha conclusión. A nuestro juicio, el TC no aborda la valoración constitucional de esta norma desde el cuestionamiento de fondo que merece, que no es otro que su incompatibilidad con el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona (art. 1 Const.), del derecho a la igualdad y del mandato de no discriminación por orientación sexual (art. 2.2

Const.),¹⁶ así como del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o de los límites de intervención del Estado y, concretamente, del legislador penal en la esfera de decisiones personales que no generan perjuicios a bienes jurídicos de terceros.

En efecto, se trataba de enjuiciar si, de acuerdo con la Constitución, es posible no solo penalizar las prácticas homosexuales y, en definitiva, la homosexualidad —o, si se quiere, la orientación sexual de las personas—, sino, incluso, enjuiciar si tal condición podía o no ser objeto de algún rechazo, desvaloración o trato discriminatorio en el ámbito castrense. Al no encarar de este modo el problema, el TC ha dejado pasar la oportunidad para pronunciarse acerca de un tema crucial para la vigencia del Estado constitucional en el ámbito castrense, esto es, la inconstitucionalidad de aquellas posiciones que rechazan la posibilidad de que los homosexuales puedan pertenecer a los ejércitos en términos de igualdad.

Lamentablemente, el TC optó por una posición conservadora al respecto¹⁷ al invalidar la norma sustentándose en argumentos de segundo orden en relación con la relevancia del problema constitucional subyacente. Así, recurre a la noción constitucional o material del delito de función para declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo de la norma en cuestión, así como de la sanción de actos deshonestos y contra natura. Equivocadamente señala que el tipo penal sanciona la comisión de actos deshonestos contra persona del mismo sexo, y concluye en la inconstitucionalidad por afectar el principio de igualdad, dado que no considera como antijurídica la práctica de actos deshonestos contra persona de sexo distinto.

La norma, sin embargo, no sanciona la práctica de tales actos contra sino con persona del mismo sexo. Es decir, se trata de la sanción de prácticas homosexuales y no conductas contra la libertad sexual que están contempladas en el segundo párrafo de la norma. Sin duda, se advierte de manera clara que el TC no ha querido ir en contra de un prejuicio discriminatorio de mucho arraigo en nuestras Fuerzas Armadas, que es la desvaloración de las personas homosexuales.

16 Como expresión del principio de igualdad, el primer inciso del artículo 37 CPC, ley 28237, reconoce el derecho de orientación sexual como objeto de protección por medio del proceso de amparo.

17 En el mismo sentido, cfr. HUERTA GUERRERO 2005.

4. Inconstitucionalidad de la configuración orgánica de la justicia militar

Como presentamos en el acápite II, la DP cuestionó un conjunto de normas de la LOJM y también del CJM relacionadas con la configuración orgánica de la justicia castrense. Los cuestionamientos se realizaron desde los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, independencia, imparcialidad e inamovilidad. Asimismo, se argumentó la vulneración de los militares y policías de acceder a tribunales imparciales e independientes (Exp. 023-2003-AI/TC).

A diferencia de su pronunciamiento en relación con el delito de función militar (Exp. 017-2003-AI/TC), en este caso el TC sí explicita y desarrolla el contenido constitucional que le servirá de parámetro de control de las normas impugnadas, y lo hace identificando las normas y principios constitucionales desde los cuales valora la pretensión demandada. Así, ubica, en primer lugar, la función jurisdiccional en el esquema de la separación de poderes del Estado, y destaca su importancia como garantía de la libertad y control del poder (Exp. 023-2003-AI/TC, § 4, párrafos 4-8).

En segundo lugar, define la función jurisdiccional, como un poder/deber que corresponde a la soberanía del Estado, que consiste en dirimir conflictos interindividuales mediante órganos independientes que resuelven aplicando el derecho (párrafos 9-14). Seguidamente, el TC establece el contenido constitucional de los principios alegados por la DP como vulnerados por las normas impugnadas, para luego pasar a valorar las normas impugnadas de acuerdo con dicho parámetro. Este será entonces el orden de exposición que seguiremos.

a. Principio de unidad de la función jurisdiccional

A partir de su reconocimiento en el art. 139.1 Const., el TC define este principio a partir de dos elementos: i) la indivisibilidad de la función jurisdiccional y, por ende, la imposibilidad de su fragmentación; y ii) la atribución y el ejercicio de dicha función por un cuerpo único en el Estado que identifica con el Poder Judicial (párrafos 15-19). Sin embargo, seguidamente el TC señala que por un error de técnica legislativa, en el art. 139 Const. se reconoce, junto al Poder Judicial —sin sistemática y expresamente—, otras jurisdicciones especiales como la militar, la arbitral, la de las comunidades campesinas y nativas, y la constitucional (párrafo 20).

b. Principio de exclusividad

También reconocido en el art. 139.1 Const., el TC lo identifica con la prohibición constitucional al legislador de atribuir potestad jurisdiccional a órganos que integran el Poder Judicial. Señala también que si bien la propia Constitución ha reconocido a la justicia militar como jurisdicción independiente, esto no la autoriza a organizarse al margen de las exigencias que informan a todo órgano que administra justicia, como la independencia, imparcialidad e inamovilidad de los jueces. Tampoco, ciertamente, se encuentra al margen o desvinculada de las garantías que conforman el debido proceso (párrafos 21-25).

c. Principio de independencia

El TC identifica el reconocimiento de este principio en el art. 139.2 Const. Encuentra su fundamento en el principio de separación de poderes y lo considera esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional (párrafo 27). Lo define como la capacidad de autodeterminación funcional, es decir, para declarar el derecho juzgando y haciendo ejecutar lo decidido, en el marco de la Constitución y la ley.

Según el TC, se trata, en definitiva, del ejercicio funcional en ausencia de vínculos de sujeción política y jerárquica al interior de la organización judicial, salvo el caso de los recursos de impugnación que responden a reglas de competencia (párrafos 28, 30, 31). Destaca el TC las tres expresiones de este principio: i) como garantía del órgano; ii) como garantía operativa del juez; iii) como capacidad subjetiva para ejercer la función jurisdiccional de acuerdo con la propia voluntad. El TC destaca que la ausencia de esta expresión de la independencia constituye un mal histórico de nuestra judicatura (párrafo 31). Finalmente, precisa que no basta con un mero reconocimiento formal o normativo de la independencia, sino que ella requiere que el diseño orgánico y funcional la haga posible (párrafo 33).

d. Principio de imparcialidad

Define el TC este principio en sus dos facetas: i) imparcialidad subjetiva, que se vulnera con la existencia de algún compromiso del juez con el caso; y ii) imparcialidad objetiva, que se refiere a la ausencia de influencias negativas que pueda tener el juez en la estructura del sistema. A juicio del TC, la afectación de la imparcialidad puede verificarse respecto de las partes como el objeto del proceso. La imparcialidad, además de un principio, y al igual que la independencia, constituye también garantía para el imputado, en

tanto sujeto del derecho que será juzgado por tribunales imparciales e independientes (párrafo 34).

e. La garantía de inamovilidad de los jueces

A partir de su reconocimiento constitucional en el art. 146.2 Const., el TC caracteriza la inamovilidad de los jueces como una garantía de su independencia, toda vez que considera que está orientada a impedir remociones y apartamientos promovidos desde los otros poderes del Estado (párrafo 35). Por esto es también una garantía del imputado. Implica dos manifestaciones: i) prohibición de separación de la carrera, salvo sanción disciplinaria o no ratificación en el cargo; y ii) prohibición de traslados forzosos al interior de la organización judicial. Con esto se busca la estabilidad del juez y que la carrera judicial se encuentre exenta de interferencias políticas. En esta perspectiva, el TC rechaza las garantías temporales de inamovilidad (párrafo 35).

Señala, asimismo, que la inamovilidad es puesta en cuestión en la justicia castrense. Y es que su cumplimiento se ve imposibilitado porque, en razón de la naturaleza de sus funciones, los miembros en actividad están sujetos a rotaciones que, incluso, pueden orientarse al desempeño de funciones distintas a las jurisdiccionales (párrafo 36).

f. Inconstitucionalidad de la integración de la justicia castrense por militares en actividad

Los artículos 6, 12 y 31 de la LOJM establecían la posibilidad de que en todas las instancias de la justicia castrense los correspondientes órganos estuviesen conformados por militares en actividad. La DP cuestionó estas y otras normas similares del mismo cuerpo normativo que sometían a los jueces militares al poder de mando castrense y a la jerarquía militar por considerar que contradecían la garantía de independencia en la función jurisdiccional.

Acogiendo los argumentos de la DP, el TC señaló que la posibilidad de imposición de sanciones que priven temporalmente de la libertad en la justicia castrense exigía que esta función sea realizada por jueces que cumplieran con las notas de imparcialidad e independencia (párrafo 44). Sin embargo, esto no se cumplía en el caso de las normas impugnadas que vulneraban los principios de independencia, imparcialidad y separación de poderes, dado que admitían la integración de los órganos jurisdiccionales castrenses por militares en actividad, es decir, por funcionarios pertenecientes a los institutos

castrenses, cuyo sometimiento a su jerarquía y obediencia resultaba incompatible con la función jurisdiccional que exigía imparcialidad e independencia (párrafo 42).

Esta afirmación, según el TC, resultaba válida aun cuando los jueces pretendieran actuar de manera imparcial e independiente, toda vez que la estructura en la que se encuentra insertada la justicia castrense constituía un obstáculo (párrafo 45). Con esas características es posible el juzgamiento de faltas disciplinarias pero no de delitos de función (párrafo 44). Por las mismas razones expuestas, el TC extendió su declaración de inconstitucionalidad a otras normas impugnadas por la DP que trasladaban el régimen jurídico de los institutos castrenses a la justicia militar, como el sistema de ascensos y grados (párrafo 46).

g. Inconstitucionalidad de la subordinación entre los órganos de la justicia castrense

El art. III del título preliminar de la LOJM declaraba la autonomía de los miembros de la justicia castrense, pero seguidamente afirmaba su dependencia de los órganos de mayor jerarquía. A su turno, el art. 15 de la LOJM establecía la subordinación de los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de Justicia al Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM). El TC inicia la valoración constitucional de estas normas estableciendo, en primer lugar, que la existencia de la instancia plural, en tanto garantía del debido proceso, está destinada al ejercicio del derecho de defensa del imputado, por lo que no constituye un mecanismo de subordinación de las instancias inferiores respecto de las superiores. En este sentido, señala el TC que todos los jueces y tribunales son independientes en el ejercicio de la función jurisdiccional, y se encuentran sometidos solo a la Constitución y a la ley (párrafos 47-50).

El TC señala que la independencia de la función jurisdiccional no solo es predicable respecto de amenazas externas o extrainstitucionales, sino también es posible que se afecte al interior de la organización judicial. Así, considera que las normas impugnadas resultan inconstitucionales, dado que la subordinación que establecen es contraria al principio de independencia (párrafo 52). Por esta misma razón, considera inconstitucional el art. 12 LOJM, que contiene una serie de supuestos en los que el CSJM actúa como un superior jerárquico en términos de subordinación respecto a los demás órganos jurisdiccionales castrenses. Así, ordena abrir instrucción, así como el traslado de procesos de un órgano a otro (párrafo 53). El TC extiende

esta declaratoria de inconstitucionalidad a otras normas impugnadas que atribuían al presidente del CSJM la composición de sala, así como otras que admitían la composición de tribunales por magistrados de distinta graduación militar (párrafo 54).

h. La inconstitucionalidad del nombramiento de jueces por el Poder Ejecutivo

Los artículos 23, 31 y 32 LOJM establecían que el nombramiento de los vocales de los consejos, los jueces permanentes y los jueces instructores permanentes estaba a cargo del Poder Ejecutivo, mientras que en el caso de los jueces sustitutos, su nombramiento correspondía al presidente del Consejo. De manera enfática, el TC se pronunció por la incompatibilidad del nombramiento de los jueces por el Poder Ejecutivo con las garantías de independencia e imparcialidad, incluso en el caso que tales nombramientos se realicen de manera indirecta por dicho poder del Estado. También sostuvo que atentaba contra dichas garantías la competencia para determinar el número de jueces que deben existir de acuerdo con las necesidades del servicio. El TC recordó que en igual sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia en el caso Castillo Petruzzi contra el Perú (párrafo 59). Concluyó el TC declarando la inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

i. La inconstitucionalidad del régimen de permanencia en el cargo de los jueces militares. La garantía de inamovilidad

El art. 23 LOJM establecía un régimen de permanencia en el cargo no menor de dos años para el presidente y los vocales de los Consejos. Se establecía, además, un sistema de cambio de empleo escalonado por tercios en los Consejos. Junto con ello, admitía que por tal escalonamiento, o por urgentes necesidades del servicio, el tiempo de permanencia en el cargo podría ser menor de dos años.

El TC rechazó el argumento de los demandados en el sentido de que un régimen de inamovilidad absoluta es impracticable en la justicia castrense debido a las funciones que deben cumplir las Fuerzas Armadas. Esto sobre la base de lo desarrollado (párrafos 35, 36 y 37) en la definición del contenido y los alcances de la garantía de inamovilidad (párrafo 62). Agregó, asimismo, que resulta inconstitucional que el régimen de inamovilidad de la justicia castrense se haya configurado de manera similar al régimen jurídico de los profesionales de armas. En esa medida se pronunció por la inconstitucionalidad del referido art. 23 LOJM (párrafo 62).

j. La vulneración del derecho de defensa

El art. 81 LOJM admitía que los procesados pudieran nombrar como abogado a un oficial sin formación jurídica. De rehusarse, o ante la imposibilidad de hacerlo, la autoridad judicial nombraría un defensor de oficio. En este caso, la defensa era considerada acto de servicio y, por ende, no se admitía excusa de ningún oficial de graduación inferior a coronel o capitán de navío, salvo disposición legal contraria. La DP cuestionó estas disposiciones argumentando que desnaturalizaban el derecho a la defensa letrada, la cual debe obedecer al interés del imputado y no al cumplimiento de obligaciones funcionales.

El TC señaló que la defensa letrada es una garantía del principio de igualdad de armas y de la efectiva realización del proceso contradictorio, parte esencial, por lo tanto, del contenido del debido proceso. En esta medida, no puede ser desconocida encargándosela a un militar sin formación jurídica, ni siquiera en situaciones excepcionales como la realización de procesos en lugares lejanos donde no existen abogados, como pretendieron los demandados. Asimismo, en caso de que el procesado no contase con recursos económicos, el Estado tiene la obligación de garantizar su derecho a la defensa letrada por medio de un abogado de oficio (párrafos 66, 68 y 69).

El TC también se pronunció por la inconstitucionalidad de la consideración de la defensa de oficio como un acto de servicio y que de él no pudiera excusarse el militar designado. Primero, porque el derecho de defensa no puede ser encargado a una persona que se encuentra vinculada —bajo subordinación y jerarquía castrenses— con la institución cuyos bienes jurídicos han sido afectados por el imputado. Segundo, porque una actividad ajena a las funciones de las Fuerzas Armadas, como la defensa de oficio, es calificada como acto de servicio. Del mismo modo, siempre según el criterio del TC, resulta inconstitucional impedir que un oficial se abstenga o excuse del cumplimiento de una función ajena a las castrenses, debido a que esto vulneraría la cláusula de libertad reconocida en el art. 2.24.a Const.

k. Inconstitucionalidad del denominado Ministerio Público Castrense

A juicio de la DP, en sus arts. 158 y 159.5, la Constitución configura la institución del Ministerio Público como un órgano autónomo al que le corresponde de manera exclusiva el ejercicio de la acción penal. De este modo, la Constitución no reconoce a ningún otro órgano en el Estado el ejercicio de dicha facultad, por lo que el legislador no podría atribuírsela a uno distinto del Ministerio Público constitucionalmente configurado. Asimismo,

se encuentra vedado que cualquier otro poder —como el Ejecutivo— u órgano del Estado ejerza o incida en el ejercicio de la titularidad de la acción penal.

Sin embargo, sostuvo la DP, este esquema es vulnerado por la regulación del ejercicio de la acción penal en la LOJM y en el CJM. Así, la titularidad de dicha facultad es otorgada a un órgano distinto del Ministerio Público constitucionalmente establecido (art. 75 LOJM). Los denominados *fiscales* castrenses pertenecen al cuerpo jurídico militar, y en ese sentido dependen de la administración castrense y, en definitiva, del Poder Ejecutivo (último párrafo del art. 6, art. 22 *in fine* y literales a, b y c del art. 65 LOJM).

Se vulnera también el monopolio y exclusividad del ejercicio de la acción penal, cuando se admite la denuncia directa a los órganos jurisdiccionales por parte de superiores jerárquicos (art. 374 CJM), el presidente de la República y el Consejo Supremo de Justicia Militar (art. 378 CJM). Igualmente, se permite que la persecución penal sea activada de manera autónoma por los órganos jurisdiccionales, incluso en contra del criterio de los denominados fiscales castrenses (art. 375 CJM), así como discrecionalmente ante denuncias realizadas por medio de la prensa (art. 387 CJM).

El TC coincidió con estos cuestionamientos y, luego de reseñar la configuración orgánica y funcional que hace la Constitución en sus artículos 158 y 159 del Ministerio Público, recordó que, a diferencia de lo que sucede con la función jurisdiccional, cuyo ejercicio es reconocido a órganos distintos del Poder Judicial, esto no sucede con aquel, por lo que sus atribuciones, conferidas constitucionalmente, no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano.

Por estas razones, el TC consideró que «[...] es inconstitucional el organismo denominado “Ministerio Público” creado por el Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar. En consecuencia, es inconstitucional, en su integridad, el Capítulo III del Decreto ley 23201, así como todo extremo de esta ley y del Decreto ley 23214, Código de Justicia Militar, en los casos que prevean la actuación de los “fiscales” de la jurisdicción militar» (párrafo 76). También declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 374, art. 375, art. 378 y art. 387 del DL 23214, CJM, por las argumentos antes expuestos.

l. Comentarios

Como se aprecia en la presentación, en este punto el TC no se pronunció de manera expresa sobre todas las normas y aspectos demandados por la DP. Así, a partir de la invalidación de determinadas normas, extendió el razonamiento utilizado a otras que regulaban aspectos similares o vinculados. A nuestro juicio, el recurso a esta técnica resulta justificable —y hasta deseable, en muchos de los casos— dado que el deber de motivación se cumple con la expresión del parámetro constitucional utilizado y con la expresión del razonamiento o juicio de valoración que realiza el órgano. Al mismo tiempo, puede remitir al mismo parámetro (motivación por remisión) para invalidar otras normas que a su consideración adolezcan del mismo vicio de inconstitucionalidad.

Del mismo modo, tampoco es exigible que el TC admita la demanda teniendo necesariamente como parámetro constitucional de control el planteado por el demandado, toda vez que en este ámbito también resulta aplicable el principio *iura novit curia*.¹⁸ A nuestro juicio, sin embargo, habría sido importante que el TC se pronunciara expresamente sobre algunos aspectos relevantes como, por ejemplo, en qué medida las facultades de revisión de las sentencias por el Consejo Supremo de Justicia Militar resultan inconstitucionales, así como las facultades del presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar para la composición de las salas.

Respecto a los aspectos sustanciales, coincidimos en esencia con lo resuelto por el TC, aunque con más o menos matices que en puridad no alteran nuestra valoración positiva al respecto. Tan solo discrepamos en un aspecto que, a nuestro juicio, resulta esencial, y sobre el que lamentablemente el TC no es claro en sus conceptos y argumentación. Nos referimos a su concepción de los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y a la interpretación del art. 139.1 Const.

En efecto, como vimos, en las dos sentencias analizadas (Exp. 0023-2003-AI/TC y Exp. 0017-2003-AI/TC), el TC trata de explicar el reconocimiento y la configuración constitucional de la justicia militar asumiendo sin mayor cuestionamiento el dislate constitucional del art. 139.1 Const., según el cual: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral». A partir de esta norma el TC sostiene

18 Art. 38 de la ley 26435, derogada por LOTC; art. VIII CPC, ley 28237.

que la potestad jurisdiccional es un poder/deber del Estado, y en esa medida es única, dado que no puede dividirse, fragmentarse o separarse (Exp. 0023-2003-AI/TC, § 4, párrafos 15-16.). Hasta aquí coincidimos plenamente.

Sin embargo, el TC es del criterio de que, como consecuencia de dichas unidad e indivisibilidad, la función jurisdiccional solo la puede ejercer un cuerpo o entidad única de jueces y tribunales, que identifica con el Poder Judicial (Exp. 0023-2003-AI/TC, § 4, párrafo 16). Entiende que se cumple con el principio de unidad cuando «[...] todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado Poder Judicial» (Exp. 0017-2003-AI/TC, § 5, 5.1, párrafo 113). De este modo, identifica de manera exclusiva el principio de unidad jurisdiccional con lo que un importante sector de la doctrina denomina *poder judicial organizacional*.¹⁹

Siguiendo esta línea de argumentación —y luego de desarrollar la vertiente negativa del principio de exclusividad jurisdiccional—²⁰ el TC concluye que de acuerdo con la dimensión positiva de este principio, solo el Poder Judicial ejerce función jurisdiccional, y es el único al que se le ha confiado en el Estado dicha tarea, sin que se admita la posibilidad de que otros órganos estatales puedan asumirla, como tampoco la existencia

19 MONTERO, ORTELL RAMOS y GÓMEZ COLOMER (1991: 52 y ss) distinguen dos conceptos constitucionales de Poder Judicial: uno se refiere a los órganos dotados de potestad jurisdiccional; el otro alude a una parte organizada de ese conjunto de jueces y magistrados a los que la Constitución ha reconocido potestad jurisdiccional, y al que denomina *poder judicial organizacional*. En esa medida, de acuerdo con el primer concepto —y teniendo como referencia la Constitución peruana—, serían Poder Judicial en sentido amplio: el TC, el Jurado Nacional de Elecciones (cuando actúa como juez electoral) y la organización a la que se refieren los artículos 143, 144 y 145 de la Constitución con la denominación *poder judicial* en sentido estricto.

20 CORDÓN MORENO 1999: 53 y ss. De acuerdo con este autor, el principio de exclusividad de la función jurisdiccional se manifiesta tanto en una vertiente positiva como en una negativa. Según la primera, solo los órganos a los que la Constitución expresamente les haya atribuido función jurisdiccional, y que gozan de las notas autonomía, independencia e imparcialidad, pueden ejercerla; ningún otro órgano más. Por su parte, la segunda vertiente obliga a los órganos y funcionarios a los que se les atribuye potestad jurisdiccional, a que la ejerzan de manera exclusiva, es decir imposibilitados para compartir dicha actividad con otra función pública o privada, salvo las constitucionalmente autorizadas como el caso de docencia universitaria fuera del horario de trabajo, de acuerdo con el artículo 146 de la Constitución.

de jurisdicciones de excepción o comisiones especiales (Exp. 0017-2003-AI/TC, § 5, 5.1, párrafo 118, y Exp. 0023-2003-AI/TC, § 4, párrafo 17).

Sin embargo, en contradicción con esta afirmación tan rotunda, el TC sostiene luego que este ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional por parte de un único órgano, el Poder Judicial, no resulta incompatible con la existencia de otros órganos en el Estado —como el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la denominada *jurisdicción militar*— que también ejercen función jurisdiccional y a las que califica como *jurisdicciones especializadas*. De este modo, para el TC la función jurisdiccional única e indivisible por naturaleza, y que según su interpretación del principio de exclusividad solo puede ser ejercida por el Poder Judicial, admite a su vez dividirse en jurisdicciones especializadas que en estricto no son otra cosa que órganos distintos al Poder Judicial, a los que también la Constitución les atribuye potestad jurisdiccional.

En nuestra opinión, es posible salvar esta evidente contradicción si se tiene en cuenta que la función jurisdiccional en tanto poder/deber del Estado —orientado a juzgar y ejecutar lo juzgado— es única e indivisible por naturaleza, y no cabe entonces entender que puedan existir varias jurisdicciones independientes unas de otras de otras o, como señala el TC, *especializadas*. En efecto, es conceptualmente imposible que en un Estado no federal —como es, ciertamente, el peruano— pueda existir más de una jurisdicción; de ahí que distinguir entre ordinaria y especial para referirse a dos tipos de jurisdicción no resulte adecuado. En tanto única e indivisible, la jurisdicción se atribuye de manera plena y total a los órganos encargados de ejercerla, y lo único que puede distribuirse es la competencia, es decir, el ámbito material, territorial o funcional sobre el que deberá ejercer dicha potestad.²¹

Esto permitiría explicar y comprender no solo la existencia de instancias y especialidades al interior del poder judicial organizacional sino, además, que puedan existir otros órganos a los que la Constitución les ha reconocido potestad jurisdiccional para que la ejerzan respecto a ámbitos de competencia especiales, como es el caso del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales,²² el Jurado Nacional de Elecciones cuando actúa

21 MONTERO y OTROS 1991: 63 y s.

22 Ámbito que ciertamente es compartido con el *poder judicial organizacional*.

como juez electoral, la justicia militar, así como el caso de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas de acuerdo con el art. 149 Const.²³

Consideramos entonces que una interpretación constitucionalmente adecuada de la actual configuración de la Justicia Militar es considerarla como un órgano con potestad jurisdiccional, distinto del poder judicial organizacional y con competencia especializada por la materia reconocida por la Constitución, mas no como una jurisdicción independiente como la concibe el TC.²⁴ Ahora bien, esto no significa, en modo alguno, que compartamos la opinión ampliamente difundida entre nosotros, según la cual, la Constitución contiene un mandato de radicar dicha competencia especializada por la materia necesariamente en un órgano independiente o autónomo del Poder Judicial, denominado *justicia militar*. Los argumentos que sustentan esta posición exceden ciertamente los propósitos del presente comentario.

5. Modulación de los efectos de la sentencia en el tiempo

El TC moduló los efectos de su sentencia en el tiempo (Exp. 0023-2003-AI/TC, § 10, párrafos 88-92) estableciendo una *vacatio sententiae* de los efectos de su fallo por un lapso de 12 meses contados a partir de su publicación en el diario oficial, es decir, hasta el 30 de octubre de 2004. Luego de ese plazo, el TC señaló que tales efectos se harían efectivos de manera automática y, en consecuencia, permitirían la revisión de los procesos en los que se hayan aplicado las normas consideradas inconstitucionales, siempre que los condenados se encontraran sufriendo penas privativas o restrictivas de la libertad en el momento de verificarse la culminación de la *vacatio sententiae*. Esto último lo aclaró el TC en su sentencia de aclaración del 4 de noviembre de 2004, motivada por un pedido planteado por el procurador público de la justicia militar.

No obstante, el TC excluye de la revisión de procesos a los que fueron juzgados y sancionados por faltas disciplinarias, ya que no se trata de materia penal sino administrativa. También excluye de la revisión, una vez concluida

23 Vale la pena mencionar que la sala penal transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su sentencia del 9 de junio de 2004 (Exp. 975-04-RN), sobre el caso de los ronderos de Moyobamba, ha extendido el reconocimiento de potestad jurisdiccional a las rondas campesinas, decisión que hay que reconocer que no está exenta de polémica.

24 En el mismo sentido, cfr. SAN MARTÍN 2001-2002: 114 y ss.

la referida *vacatio*, a los procesos seguidos a militares por la comisión de delitos contra los derechos humanos y, en general, a todos aquellos considerados como de lesa humanidad, toda vez que al no tratarse de delitos de función no son de la competencia de la justicia castrense (párrafos 90-91). El TC recordó, por lo demás, que en su sentencia (Exp. 2488-2002-HC/TC) estableció que tales delitos son imprescriptibles.

Además, el TC sostuvo —opinión que compartimos— que la excepción de retroactividad benigna, contemplada en el art. 103 Const. y en el art. 40 de la entonces vigente ley 26435 (LOTC) (que permiten la revisión de procesos fenecidos luego de la declaración de inconstitucionalidad), no le impide la modulación de los efectos de su sentencia en el tiempo. Recordemos que el TC goza de la posición institucional de supremo intérprete de la Constitución y, por tanto, no solo le corresponde una función eminentemente jurídica, sino también de política constitucional, en el sentido de que tiene como misión adaptar la Constitución a los retos que la realidad le plantea tomando las decisiones que mejor la realicen aunque, ciertamente, en los límites impuestos por la competencia que corresponde al poder constituyente, toda vez que el TC también se encuentra limitado por la Constitución.

Esta modulación se sustenta en la necesidad de no generar consecuencias graves en el sistema jurídico como resultado de las lagunas o vacíos que se generarían en la legislación si se admitiera una aplicación inmediata de la sentencia. Hay que tener en cuenta que se declaró la inconstitucionalidad de las bases sobre las que se encontraba configurado el modelo de justicia militar, por lo que esta debe ser replanteada sustancialmente. Se trata, por lo demás, de la invalidación de normas de naturaleza orgánica y procesal, ya que como lo señalamos, trae como consecuencia lógica la necesidad de realizar nuevos procesos allí donde se aplicaron las normas declaradas inconstitucionales. Por lo demás, recordemos que el TC ya había establecido un precedente al respecto en el caso de su sentencia (Exp. 0010-2002-AI/TC), donde también la invalidación de normas penales significó la realización de nuevos procesos (párrafo 91).

En coherencia con lo anterior, el TC estableció que su sentencia no tenía como efecto automático la anulación de los procesos en los que se hubieran aplicado las normas invalidadas, ni tampoco impedía que los procesados pudieran ser juzgados nuevamente (párrafo 92). Se trata, entonces de una sentencia necesitada de la colaboración del legislador, por lo que el TC realiza una exhortación al respecto en su fallo, para que en el plazo no mayor

de 12 meses desde la fecha de publicado, el Congreso dicte la legislación que corresponda.

Es del caso advertir, sin embargo, que el TC incurre en omisiones importantes al establecer la modulación de los efectos de su sentencia en el tiempo. Por ejemplo, no establece si la *vacatio sententiae* opera respecto de toda la sentencia o solo respecto de los aspectos orgánicos o procesales. En efecto, no se señala si los pronunciamientos con efectos sobre la legislación penal sustantiva —como el caso de la inconstitucionalidad del art. 269 CJM— tienen efectos inmediatos. Lo correcto sería que lo tuvieran, dado que no tiene ninguna justificación seguir aplicando una norma que sanciona la orientación sexual de las personas hasta que el legislador la derogue en un plazo de 12 meses.

Otro punto que dejó en la duda el TC es la continuidad o no en sus labores del denominado *Ministerio Público Militar*. Recordemos que toda la regulación de este órgano castrense fue declarada inconstitucional por no corresponder con el modelo diseñado por la Constitución. Recién en la mencionada sentencia de aclaración el TC estableció que los miembros de dicho órgano no podían seguir actuando, por lo que exhortó al Ministerio Público a designar representantes ante la Justicia Militar en el más breve plazo.

V. REFLEXIONES FINALES

Sin duda, los pronunciamientos del TC presentados resultan de especial importancia respecto al control constitucional de la materia penal en el Perú. En ellos es posible apreciar tanto aciertos importantes como aspectos discutibles y criticables. Sin embargo, consideramos que en materia de control penal constitucional, el TC viene jugando un papel importante en el desarrollo de los límites formales y sustantivos —explícitos e implícitos— que el legislador penal y —ciertamente— el juez están obligados a respetar.

Muchos sectores a veces critican al TC por considerar que incurre en un activismo constitucional; otros, en cambio, por ser conservador en algunas materias. No dudamos de que algo de razón pueden tener ambas posiciones; no obstante, también se debe tener presente que nuestro TC es relativamente nuevo e, incluso, novedoso en nuestra historia constitucional. En esta medida, lo importante es advertir que se encuentra en un proceso de consolidación importante para beneficio de la vigencia del Estado constitucional.

El control constitucional de la materia penal plantea una serie de problemas y retos que el TC peruano ha asumido, y sobre los que ha mostrado estar a la altura de las circunstancias que la vigencia del Estado constitucional en el país le impone. En este caso, se hizo cargo de un ámbito del ejercicio del *ius puniendi* que menos compatibilidad mostraba con las exigencias derivadas de la Constitución. Por medio de estos pronunciamientos, ha invalidado la estructura sobre la cual reposaba la justicia militar desde la dación del primer Código de Justicia Militar, en 1898. De esta manera, ha impuesto como tarea al Congreso emprender un necesario proceso de reforma sustancial del actual modelo de justicia castrense. Esperamos también que el legislador asuma el reto histórico de hacer que, de una buena vez, la Constitución no se quede en la puerta de los cuarteles y los tribunales castrenses.